

SISTEMA IPOTECARIO

TOSCANO

T. III.



SISTEMA IPOTECARIO
TOSCANO

TRATTATO GIURIDICO

DEL DOTTORE

JACOPO SABATINI

TOMO III.

PISA

PRESSO I FRATELLI NISTRI

1844.

*L'Autore dichiara di voler profittare
del disposto delle vigenti Leggi sulla
Proprietà Letteraria.*

LIBRO III.

DEGLI EFFETTI DELLE IPOTECHE.

CAPITOLO I.

Degli effetti della Ipoteca nei suoi rapporti col costituente.

S O M M A R I O

Gli effetti della ipoteca si desumono dalle obbligazioni, ed azioni che da quella derivano §. 1751.

Le obbligazioni del debitore sono più o meno estese secondo i patti §. 1752.

I patti si dividono in connaturali, e accidentali: i primi sono sottintesi, i secondi devono essere espressi §. 1753.

Suddivisione dei patti accidentali §. 1754.

Patti contrarj alla natura della ipoteca §§. 1755 e 1756.

Patti illeciti §. 1757.

Necessità di determinare le obbligazioni del debitore secondo i patti connaturali alla ipoteca §. 1758.

Principali obbligazioni del debitore desunte dalla costituzione della ipoteca §. 1759.

Utilità dell'esame di queste obbligazioni §§. 1760. 1761. 1762.

Divisione della trattazione di questo capitolo §. 1763.

1751. **L**a ipoteca quantunque accessoria ad altra obbligazione produce di per sè obbligazioni

ed azioni, le quali costituiscono altrettanti effetti della ipoteca medesima. Conseguenza di questa premessa ella è, che chiunque parla degli effetti della ipoteca deve per necessità di concetto aver presenti le obbligazioni, e le azioni che traggono la sua origine da questo diritto.

1752. Partendo da questo principio gli antichi interpreti insegnarono di dovere prima di tutto determinare le obbligazioni che contrae il debitore di fronte ai creditori ipotecarj, poichè col determinare le obbligazioni del debitore si dimostrano gli effetti della ipoteca di fronte al medesimo (*). Le obbligazioni del debitore sono più o meno estese secondo i patti, e convenzioni che alla ipoteca si uniscono.

1753. I patti che possono accedere alla ipoteca si dividono in *connaturali*, e in *accidentali*. I *connaturali* si hanno tutti per convenuti tacitamente nell'atto stesso da cui la ipoteca ha origine: gli *accidentali* debbono essere espressamente convenuti (*).

1754. Non tutti i patti accidentali possono essere validi ed efficaci, e perciò si suddividono in *permessi*, e *proibiti*. I patti permessi sono quelli suggeriti da causa lecita ed onesta (†): i proibiti

(*) DOMAT *Les loix civiles* liv. 3. tit. 1. sect. 3.

(*) DE ONATE *Tract. 20. de pign. et hypoth. disput. 59. in princip.*

(†) RICHER. *Univers. jurisprud. tom. 10. §. 92.*

sono i contrarj alla indole della ipoteca, e tutti gl'illeciti, perchè contrarj alle leggi.

1755. Contrario alla ipoteca sarebbe il patto che il creditore non avesse la facoltà di far vendere i beni a lui ipotecati, giacchè mancherebbe l'oggetto primario della di lei costituzione, che è quello di far conseguire il credito facendo vendere i beni del debitore (*). Il patto può essere permesso quando sia soltanto diretto a vedere differito, e modificato il diritto con ammettere un ordine qualunque nella escussione dei beni (*).

1756. È similmente contrario alla natura della ipoteca il convenire che avvenuta la scadenza del debito il debitore non possa in alcun tempo liberare col pagamento i beni da lui ipotecati (*), o che abbia luogo la vendita necessaria a favore del creditore in forza del patto commissorio proscritto dalle leggi (*).

(*) DE ONATE *Tract. 20. de pign. et hypoth. disput. 59. sect. 2. num. 15.*

(*) *Leg. 4. ff. De pignorat. act.* I repenti a questa legge sostengono, che nel patto proibitivo al creditore di vendere il pegno si deve intendere apposta la tacita condizione *si solvatur*. MUDAEUS *De pign. et hypoth. cap. de pactis pign. num. 7.*

(*) GLOSS. *In leg. Qui Romæ in verb. obtulerit ff. De verborum obligat.* NEGUSANT. *De pignor. part. 4. num. 30. et 31.* MANTIC. *De tacitis, et ambiguis lib. 11. tit. 7. n. 5. et 9.* MERLIN. *De pignor. lib. 4. quæst. 124. num. 8.*

(*) *Leg. 1. et 2. Cod. De pactis pign. et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.* NEGUSANT. *De pign.*

1757. Come illeciti dovrebbero essere pure rigettati i patti, i quali accordassero al creditore il diritto di vendere i beni ipotecati privatamente senza citazione del debitore, o quelli diretti ad accordare al creditore l'apprensione del possesso dei beni ipotecati di propria autorità, e simili, sopra i quali non possono più ammettersi le distinzioni degli antichi Dottori⁽¹⁾, subito che le nuove leggi hanno stabilito i metodi, e le forme con le quali possono i diritti ipotecarj esercitarsi.

1758. Restringendo il dovuto esame sopra i patti connaturali che tacitamente si hanno per stabiliti, ed annessi nella costituzione della ipoteca, si possono determinare le obbligazioni che da questi derivano.

1759. Le principali obbligazioni del debitore sono le seguenti.

1.° Di mantenere, e consegnare, all'epoca in cui è posta in movimento l'azione ipotecaria, i beni obbligati nella qualità, e quantità espressa nel contratto di costituzione della ipoteca.

2.° Di non deteriorare in modo alcuno i beni sottoposti alla ipoteca costituita, e di sopportar la loro fortuita, o naturale deperizione.

part. 4. num. 1. et 2. MERLIN. De pign. lib. 4. quest. 123. per tot.

(¹) NEGUSANT. *De pign. part. 4. num. 17. et seq. MERLIN. De pign. lib. 4. quest. 115. 118. et 122. per tot. De ONATE Tract. 20. de pign. et hypoth. disput. 59. sect. 1. et 2.*

3.° Di accordare al creditore la facoltà, e mandato ad alienare i beni ipotecati allorchè è avvenuta la scadenza del debito, che dalla ipoteca è garantito.

4.° Di concedere al creditore avente ipoteca estesa sopra più, e diversi beni la facoltà di alienarli nella loro totalità, o in parte con libertà nella scelta dei medesimi secondo il suo arbitrio.

5.° Di permettere non solo, ma di procurare ancora che il prezzo realizzato dai beni ipotecati venga erogato nella dimissione del suo debito di sorte, frutti, e spese.

6.° Di garantire la sufficienza dei beni sottoposti alla ipoteca alla soddisfazione del suo debito.

1760. Esaminando l'importanza di queste principali obbligazioni sarà facile il dimostrare la loro estensione secondo le regole, ed i principj del Romano diritto, e le modificazioni che portarono a queste le Leggi francesi, e le nuove Leggi ipotecarie toscane.

1761. Dalla perfetta cognizione di queste obbligazioni dipende il conoscere il movimento dell'azione ipotecaria non solo al dirimpetto del costituente, quanto al dirimpetto dei terzi, ed il determinare la causa per la quale il possessore dei beni, e gli altri concorrenti con altra ipoteca debbono o rilasciare i beni, o cedere il grado ad altro creditore.

1762. L'esame repartito, ed ordinato delle obbligazioni che contrae il debitore è utile per ri-

portare ai veri principj le molte disposizioni, le quali si trovano in varie parti della legge generale ipotecaria, e molto più ancora nella legge esecutiva, e sono dirette a vedere eseguite le obbligazioni del debitore e talvolta a modificare le facoltà concesse ai creditori.

1763. Ritenuta la necessità di procedere alla trattazione delle premesse obbligazioni, reputo util cosa il suddividere questo capitolo in sei distinte sezioni.

SEZIONE PRIMA

*Della obbligazione del debitore di consegnare
i beni ipotecati.*

S O M M A R I O

- Obbligazione del debitore di consegnare i beni ipotecati con tutte le accessioni, ed i frutti secondo le Leggi romane §. 1764.
- Disposto delle nuove Leggi ipotecarie sulla detta obbligazione §. 1765.
- Disposto particolare della Legge toscana del 7 febbrajo 1838 §§. 1766 e 1767.
- Interpretazione di detta legge circa la responsabilità del debitore a rappresentare le rendite anche con arresto personale §. 1768.
- Inutilità della ipoteca per il fatto del debitore §. 1769.
- Stellionato commesso dal debitore punito dalle Leggi romane §. 1770.
- Disposto della Legge del 2 maggio 1836 sullo stellionato §. 1771.
- Disputa insorta sulla intelligenza di detta legge §. 1772.
- Comparazione di detta legge con le Leggi romane, e con le Leggi francesi §§. 1773. 1774. 1775.
- Differenze che esistono fra le Leggi romane, e la Legge toscana §§. 1776 e 1777.
- Necessità dimostrata di agire criminalmente per lo stellionato commesso fuori dei casi previsti dalla Legge ipotecaria toscana §. 1778.
- Differenze che esistono fra la Legge toscana, e le Leggi francesi §. 1779.
- Casi nei quali può essere applicato il disposto dell'articolo 219 della Legge toscana §. 1780.
- Esemplificazione dei casi nei quali il silenzio del debitore lo può costituire reo di stellionato §. 1781.
- Affetto, ed effetto richiesti come estremi di questo delitto §. 1782.
- Verificazione di questi estremi §. 1783.
- Indicazione di regole dirette ad escludere lo stellionato §. 1784.

1764. Il debitore allorchè è scaduto il suo debito è tenuto, per il disposto delle romane Leggi

a consegnare il pegno, e le cose ipotecate in forza dell'azione ipotecaria competente al creditore, la quale è di natura sua reale (*), ed a questa obbligazione non adempie, se non consegna i beni nella qualità e quantità che promesse (**) unitamente a tutte le loro accessioni (3), ed ai frutti derivanti dai beni pignorati (4).

1765. Le nuove leggi ipotecarie ammettono a carico del debitore la esistenza di questa prima obbligazione, mentre stabiliscono, che allo scadere del debito il creditore ha diritto d'intimare il debitore alla consegna dei fondi ipotecati con tutte le loro accessioni, limitando però la di lui obbligazione quanto ai frutti che nascer possono dai beni, poichè di questi ordinano la rappresentazione a partire dal giorno, in cui per la introduzione dell'azione ipotecaria si verifica il pignoramento giudiziale delli stabili ipotecati.

1766. La Legge toscana del 7 gennajo 1838, la quale regola fra noi i giudizj esecutivi, e quelli della espropriazione in un modo pressochè conforme alla procedura francese, negli art. 61. 62. 63. dispone, che dopo la trascrizione eseguita della domanda di vendita il creditore istante può do-

(*) *L. 17. ff. De pignoribus etc.*

(*) *L. 1. ff. De pignorat. act.*

(3) *L. 18. §. 1. ff. De pignorat. act. L. 16. in princ. ff. De pignoribus.*

(4) *L. 13. ff. De pignoribus. L. 2. Cod. De partu pignoris.*

mandare la elezione di un economo, perchè amministri i beni perseguitati, e conservi i loro frutti, lo che suona consegna dei beni per la parte del debitore, e nel caso che una tale istanza non sia fatta, rilascia i beni stessi alla *responsabilità ed amministrazione del debitore* (sono parole della legge) *per conto del creditore a cui li stessi stabili fossero ipotecati, con rimanere il debitore soggetto all'arresto personale per conto di sua amministrazione, e per i danni da esso cagionati ai fondi, ed agli accessorj dei medesimi.*

1767. La nuova Legge ha con questa disposizione costituito il debitore un sequestrario giudiziario, seguendo la procedura francese, mentre la Legge romana, accordando al creditore il possesso delle cose ipotecate, concedeva al debitore la sola facoltà di ritenerle con titolo di semplice locazione (*), ed era in questa preferito (*).

1768. È peraltro da dubitarsi interpretando la nuova Legge, se il debitore sia tenuto a rappresentare sotto la comminazione dell'arresto personale le corrispondenti pigioni di una casa ipotecata, e da lui abitata, lo che a me non pare da ritenersi, perchè la legge non predica del debito suo di pigioni, ma del *reliquato di amministrazione*, e così dei denari, che pervenuti nelle mani

(*) L. 35. §. final. ff. De pignorat. act.

(*) Rota Florent. inter recollect. in Thesaur. Ombros. tom. 2. dec. 19.

del debitore è tenuto a conservare, e rappresentare ai creditori.

1769. Colui, che costituisce la ipoteca sopra un fondo viene nel tempo stesso ad asserire, che a lui ne spetta la proprietà, o almeno l'utile dominio, quale mancando cade di pieno suo diritto la ipoteca (*), la quale addiviene inutile ancora ogni qualvolta sulli stessi beni altra ipoteca era già stata costituita, in quanto che la posteriore è di sua natura inefficace, quando non si realizza un prezzo capace di estinguere le ipoteche anteriori, e di dare un avanzo sufficiente per le ipoteche posteriori (*).

(*) *Ved. lib. II. §§. 869 e 870.* Sopravvenendo il dominio nel costituente si accordava al creditore l'azione utile ipotecaria dalla *L. 41. ff. De pignorat. act.*, e dalla *L. 5. Cod. Si aliena res pign. data sit*, specialmente se il creditore era in buona fede, ed ignorava, che la ipoteca costituivasi sulla cosa aliena, come distingue la Glossa alla prima citata legge: nei Tribunali toscani si è ritenuta indistintamente la convalidazione della ipoteca non con la data della costituzione di essa, ma con la data del titolo dell'acquisto dei beni fatto dal debitore. *Tesor. del For. Toscano, tom. 43. dec. 107.* Io non credo ammissibile questa massima nel sistema vigente; ma quando debba seguirsi, dovrebbe la iscrizione ipotecaria accendersi dopo l'acquisto fatto dal debitore, altrimenti indirettamente si elude il disposto della legge che non ammette la obbligazione dei beni futuri, e nei congrui casi, nei quali è permessa, esige che la iscrizione sia accesa dopo verificato il loro acquisto. *Vedi la L. del 2 maggio 1836 art. 73 e 85.*

(*) *L. 15. ff. final. ff. De pignoribus. DOMAT Les loix civiles liv. 3. sect. 3. §§. 7. et 18.*

1770. Le Leggi romane onde impedire, che si costituissero ipoteche *invalidae*, o *inefficaci*, e che questo mezzo di garanzia addivenisse piuttosto un mezzo di frode e d'inganno, disposero, che quando si verifica la costituzione d'ipoteca invalida, o inefficace eseguita per parte del debitore con *affetto*, ed *effetto*, vale a dire con animo d'ingannare, e con l'effettivo danno del creditore, il costituente rendevasi reo del delitto dello stellionato (*).

1771. Una tal disposizione è stata ripetuta negli articoli 2059 e 2136 del Codice civile dei Francesi, e nell'articolo 219 della Legge del 2 maggio 1836 così concepito: « Quello che ipoteca un immobile, mentre sa di non esserne il proprietario, che asserisce libero il fondo stato avanti ipotecato, o che tace, o diminuisce scientemente il numero delle ipoteche posanti sui beni, è soggetto in via civile all'arresto personale come « stellionato » .

1772. Questo articolo di legge toscana ha dato luogo ad una questione gravissima, nella quale fu disputato, se il semplice silenzio del costituente la nuova ipoteca sul numero delle precedenti potesse costituirlo debitore dello stellionato; fu detto che l'articolo 219 della Legge toscana aveva aggiunto ai casi contemplati dall'articolo 2059 del

(*) *L. tutor. 16. §. contrariam, et L. si quis 36. §. sed et si quis ff. De pignorat. act.*

Codice civile quello del silenzio praticato dal debitore, e fu annunciata una diversità apparente di disposizioni, che i Tribunali si occuparono di conciliare, osservando che la Legge toscana doveva dirsi applicabile allorchè il debitore aveva ommesso di annunciare la esistenza delle precedenti ipoteche, ma non quando in genere aveva dichiarato che altre ipoteche esistevano (*).

1773. Riassumendo la trattazione della questione, e seguendo il sistema comparativo da me adottato, si riscontrerà, che nelle Leggi romane, e specialmente nella legge 36. §. *final. ff. De pignoratitia actione* esiste preveduto il caso del silenzio usato dal debitore nel palesare al creditore le precedenti costituite ipoteche. « *Sed et si quis rem alienam (dice la legge citata) mihi pignori dedit sciens prudensque, aut alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioravit eodem crimine plectetur* ».

1774. Il Codice civile dei Francesi nell'articolo 2159 dichiara che « lo stellionato si commette col vendersi od ipotecarsi un immobile da quello che sa di non esserne il proprietario. Si commette ancora coll'asserire come liberi i beni già ipotecati, o col dichiarare ipoteche minori di quelle delle quali sono aggravati li stessi beni » (*); e quanto al semplice silenzio sulla esi-

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 43. dec. 42.*

(*) Questo articolo del Codice civile è stato osservato

stenza delle ipoteche ne fa parola nell'articolo 2136 ove dispone delle ipoteche legali esenti da iscrizione nei seguenti termini: « I mariti, ed i tutori
 « che avendo omesso di chiedere, e di fare eseguire le iscrizioni prescritte nel presente articolo avranno aderito, o lasciato stabilire privilegi, ed ipoteche sui loro immobili senza dichiarare espressamente che detti immobili erano soggetti all'ipoteca legale delle mogli, e dei minori, saranno considerati colpevoli di stellionato, e come tali soggetti all'arresto personale » (*).

1775. Fuori del preveduto caso della non fatta denunzia delle ipoteche legali esenti da iscrizioni

in Toscana fino alla pubblicazione della nuova Legge come facente parte delle disposizioni relative al conservato sistema ipotecario. *Tesoro del Foro Toscano tom. 7. dec. 53. num. 1, tom. 21. dec. 60. num. 2, tom. 27. dec. 58. t. 53. dec. 69.* Da queste ultime decisioni è rigettata la distinzione fra la ipoteca data nell'atto della creazione del debito, e la ipoteca costituita dopo il contratto debito, ritenendosi distinzione sì fatta per irrilevante, e inefficace a scusare dalle conseguenze del commesso stellionato.

(*) La dichiarazione espressa della esistenza delle ipoteche legali richiesta da quest'articolo nel caso della omessa iscrizione non poteva essere per equipollenti supplita. *Tesoro del Foro Toscano tom. 41. dec. 75.* È questo un articolo il quale ha dato luogo a divisione di opinioni fra le Corti francesi, ammettendo alcune la eccezione della buona fede, altre esigendo la espressa dichiarazione sulla esistenza della legale ipoteca. *Ved. le dec. della Corte di Cassazione del dì 20 novembre 1826 e del 14 febbrajo 1837* referite la prima sotto la sua data dal *Journal du Palais édit. 3.*

nella circostanza di non essere state a diligenza dei tutori e dei mariti iscritte, il semplice silenzio del debitore non lo costituiva reo di stellionato per la regola, che la legge in queste materie non deve essere estesa fuori dei casi dalla medesima previsti (*).

1776. Premessa la esposizione delle leggi anteriori, le quali possono di regola servire alla interpretazione delle nuove (*), conviene stabilire fra queste, e la nuova Legge toscana le differenze.

1777. Fra le Leggi romane considerate complessivamente e la Legge toscana esiste una prima notevole differenza sulla comprensione degli atti nei quali può lo stellionato verificarsi. Infatti le Leggi romane ritengono commesso il delitto dello stellionato non solo quando s'ipoteca il fondo ad altri ipotecato, ma ancora quando in altri si trasferisce il fondo medesimo per mezzo di un atto di alienazione, e in tutti gli altri casi nei quali, o per mezzo della simulazione, o della dissimulazione si procura l'altrui danno nella propria utilità, come si ha dalle Leggi 2 e 3. §. 1. ff. *De crimine stellionatus*. Altronde la Legge toscana come legge speciale relativa al sistema ipotecario dispo-

tom. 20., la seconda nel tom. 1. dell'anno 1837. p. 602, ed ivi si consulti la nota contenente il numero delle concordanti, e discordanti decisioni.

(*) PERSIL *Comment. art. 2156. num. 1. 2. 3. 4. et 5.*
BOILEUX *Comment. art. 2156.*

(*) L. 26. et 27. ff. *De legibus*.

ne del fatto della sola ipoteca, uniformandosi in ciò alle Leggi romane, di che nel solo titolo *De pignorat. act.*

1778. Da questa osservazione deriva la conseguenza che l'articolo 219 della Legge ipotecaria toscana, e così la condanna del debitore con arresto personale in via civile è soltanto implorabile nel caso speciale della nuova Legge, dovendo negli altri casi, i quali restano per ora alle disposizioni di ragione comune, applicarsi le discipline criminali veglianti (*).

1779. Fra il Codice civile dei Francesi, e la Legge toscana esiste una qualche differenza, poichè il Codice civile ammette la persecuzione dello stellionato in via civile anco nel caso di alienazione dello stabile, non essendo le di lui disposizioni limitate per il solo regolamento ipotecario, e si fa in esso parola del silenzio del debitore nel caso eccezionale delle ipoteche legali *non iscritte*, eccezione che la Legge toscana non ripete.

1780. Data in ogni altra parte la uniformità delle disposizioni delle Leggi romane, francesi e toscane, si possono determinare i casi nei quali può

(*) Al creditore non può essere impedito di agere civilmente per la refezione dei danni, per la ragione che ad esso spetta la scelta nell'esperimento dell'azione civile, o criminale. *Tesoro del Foro Toscano* tom. 4. dec. 84. num. 15. Ma non può il Giudice civile accompagnare la condanna con il rilascio dell'arresto personale; ed infatti nel caso deciso fu rilasciata ogni lecita esecuzione solamente reale.

farsi luogo all'applicazione dell'articolo 219 della Legge toscana, ritenendo sussistere, e verificarsi lo stellionato perseguibile in via civile: 1.° allora quando si tratta della ipoteca di un *immobile*, e non già di una cosa mobile; 2.° quando il costituente lo ipoteca *mentre sa di non esserne il proprietario*; 3.° se asserisce libero il fondo mentre in avanti è stato da lui ad altri ipotecato; 4.° se si tace o non denunzia le ipoteche legali esistenti a suo carico rimaste in stato di esenzione per il breve intervallo di tempo stabilito dalla nuova Legge, la quale pone a suo carico d'inscriverle; 5.° se essendo sciente delle ipoteche infisse dai suoi autori si tace sulla loro esistenza; 6.° se allora quando finalmente indicando le ipoteche esistenti sul fondo, e cerziorando di queste il creditore diminuisce scientemente il loro numero.

1781. Dietro l'esemplificazione dei casi che sopra credo, che gl'indicati sotto numero quarto e quinto siano i veri nei quali può verificarsi il silenzio punito dalla Legge generale toscana in quanto che può ben essere, che si proceda a costituire una ipoteca in quel breve spazio di tempo in cui le ipoteche legali hanno efficacia senza le iscrizioni, o che il costituente occultando le ipoteche infisse dai suoi autori, e da lui non ignorate con mostrare ed asserire la libertà dei beni per il fatto suo tragga in inganno con tacersi sopra la provenienza dei beni in esso pervenuti da qualche oberato autore, e così proceda a costituire la sua

ipoteca essendo sicuro della evizione che sarà per accadere a sè, ed ai suoi creditori.

1782. Passando a parlare delle limitazioni alle regole prestabilite osservo, che ancora in via civile, secondo che egualmente si tiene in via criminale, non può parlarsi di stellionato senza la prova dei due inseparabili estremi, cioè dell'*affetto* e dell'*effetto*, vale a dire dell'animo di defraudare, e del danno del creditore.

1783. Facilmente si può ammettere che fino a prova in contrario il primo estremo possa dirsi giustificato dal confronto dell'atto di costituzione della ipoteca, e del certificato delle iscrizioni ipotecarie; ma non così può ammettersi la prova del secondo estremo, vale a dire del danno risentito dal creditore, se non si attende che avvenga l'alienazione dei beni ipotecati, e la distribuzione del loro prezzo.

1784. Potendo venire a mancare l'azione allo stellionato per il difetto di uno dei due estremi, credo utile di dover determinare in limitazione all'esercizio dell'azione: 1.° che non sia luogo a parlare di stellionato se il creditore sia stato sciente del vizio della cosa ipotecata (*); 2.° che non si possa parlare di stellionato, se non sia risultato il danno a carico del creditore (*); 3.° che debba farsi

(*) L. 16. §. *contrariam in fine*, ff. *De pignorat. act.*
« ivi » *Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum vel obli-*
« *gatum, vel morbosum, contrarium ei non competit* ».

(*) L. 36. §. *final.* ff. *De pignorat. act.* « ivi » *Plane*

dal creditore la prova del danno a lui arrecato, e quando questa non sia del tutto chiara e concludente debba attendersi il definitivo giudizio d'ordine per determinare la esistenza assoluta di questo danno (*); 4.° che possa il debitore essere ammesso a far la prova della di lui buona fede esclusiva del suo animo di defraudare il creditore per aver supposta la inesistenza o inefficacia della ipoteca che produce lo spoglio del creditore (*).

« *si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignora-
rata, dici debet, cessare non solum stellionatus crimen,
sed etiam pignoratitiam, et de dolo malo actionem, quasi
in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit* ».

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 45. dec. 42. p. 225.*

§. Quindi i Tribunali.

(*) Ritengono questo principio la decisione della Corte di cassazione del 21 febbrajo 1827 e l'altra della Corte di Bordeaux del 9 luglio 1830, le quali sono seguitate dalla giurisprudenza dei nostri tribunali come ne fa fede la decisione citata nella nota precedente. Mi piace peraltro di trascrivere le prime considerazioni della decisione della Corte reale di Tolosa del 16 gennajo 1829. « La Cour — Attendu que le stellionat tel qu'il est défini par la loi, est une fraude, un quasi-délit; que c'est là ce qui motive la disposition qui soumet le stellionataires, même les femmes qui commet un stellionat, alors qu'elles traitent de leurs biens libres, à la contrainte par corps; = Attendu que tout fraude, tout délit, suppose, de la part de celui qui le commet, un mauvaise intention; qu'ainsi, l'exception de bonne foi peut être invoquée par celui qui est accusé d'avoir commis un stellionat; que l'anciens et le nouveaux auteurs, la jurisprudence ancienne et moderne, le discussions du conseil

« d'état, et le discours des orateurs du gouvernement, relatif au stellionat, ont consacré le principe de l'admissibilité de l'exception de bonne foi en cette matière ». Dopo queste considerazioni la Corte passa a stabilire le specialità del caso nel quale il costituente la ipoteca aveva fatto conoscere al creditore i titoli, i quali produssero in seguito la evizione. Vedi le dette decisioni nel *Journal du Palais* tom. 21. pag. 183, tom. 22. pag. 577, et tom. 23. p. 669.

SEZIONE SECONDA

Della obbligazione del debitore di non deteriorare i beni ipotecati, e di sopportare la loro naturale, o fortuita deperizione.

S O M M A R I O

- Il debitore non può deteriorare i beni ipotecati, e nel tempo stesso risente gli effetti pregiudicevoli della loro deperizione §. 1783.
- Disposto delle Leggi francesi e toscane sopra tale obbligazione §§. 1786. 1787. 1788.
- Necessità di distinguere la insufficienza dei beni dalla loro deteriorazione o deperizione §. 1789.
- Mancanza di diritto nel creditore di domandare la costituzione del suo credito avanti la scadenza nel caso di supposta insufficienza dei beni §§. 1790 e 1791.
- Preliminari osservazioni sulla Intelligenza dell'articolo 74 della Legge del 2 maggio 1836 §. 1792.
- Diversità di cause del deperimento dei beni §. 1793.
- Diritti dei creditori sul prezzo, e sulle indennità nel caso di espropriazione dei beni per pubblica utilità §. 1794.
- Mancanza di diritto dei creditori di parlare di prelazione sulla indennità dovuta al debitore dalle Compagnie di assicurazione nel caso d'incendio §. 1795.
- Deteriorazioni imputabili al debitore, e modi con i quali possono essere poste in essere §§. 1796 e 1797.
- Alterata superficie dei beni. Diritti dei creditori d'inibire ogni alterazione §. 1798.
- Deteriorazione dei beni ipotecati per mezzo di locazioni straordinarie §. 1799.
- Consuetudine di giudicare dei Tribunali toscani su questo articolo §. 1800.
- Disposto della nuova Legge del 7 febbrajo 1838 §. 1801.
- Interpretazioni diverse date a questa legge §. 1802.
- Locazioni di beni anteriori alle ipoteche costituite §. 1803.
- Ragioni che possono suggerire la perseveranza delle locazioni sì fatte §. 1804.

Deteriorazione per causa di alienazione §. 1805.

Mancanza di danno nei creditori nel caso di alienazione attesa la indole dell'azione ipotecaria §. 1806.

Vendita dei beni ipotecati in dettaglio §. 1807.

Opinioni diverse a riguardo di tali vendite §. 1808.

Decisioni dei Tribunali francesi su tale articolo §. 1809.

Adozione della opinione creduta la meno rigorosa, e la più giusta §. 1810.

Ragioni che suggeriscono di adottare tale opinione §§. 1811. 1812. 1813.

Replica alla obiezione del danno possibile che avviene ai creditori per la prescrizione §. 1814.

Deteriorazione imputabile al debitore nel caso d'ipoteca costituita, e tardivamente inscritta dopo l'alienazione §. 1815.

Deteriorazione dei beni a causa di servitù costituita §§. 1816 e 1817.

Opinione degli Scrittori francesi nel caso di usufrutto costituito; simile quanto alle altre servitù §§. 1818 e 1819.

Distinzioni che si adottano relativamente alla servitù dell'usufrutto §. 1820.

Replica ad una difficoltà proponibile §. 1821.

Annullamento di tutte le altre servitù imposte a pregiudizio delle ipoteche §. 1822.

1785. Il debitore non può rendere col fatto suo volontario deteriore la condizione dei suoi creditori sopra i beni a loro ipotecati (*), e nello stesso tempo è tenuto come padrone di questi a sopportare la loro deperizione senza che per questa vengano a mancare le sue obbligazioni (*).

(*) *L. 25. Cod. De pactis. « Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli, nec mutari potest ».* SALGAD. *Labyrinth. credit. part. 3. cap. 13. num. 1.*

(*) *L. 8. Cod. De pignorat. act. « Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non ve-*

1786. Alle Leggi romane dalle quali chiaramente vengono le due indicate regole stabilite corrispondono le Leggi francesi e toscane, laddove con le loro disposizioni tendono a raffrenare la libertà del debitore di porre in essere gli atti diretti al danno, e pregiudizio dei loro creditori, ed a portare a di lui carico le conseguenze del deperimento dei beni ipotecati.

1787. In coerenza dello stabilito principio il Codice civile dei Francesi negli art. 1188 e 2131, e la Legge ipotecaria toscana nell'articolo 74 hanno stabilito il diritto nel creditore di domandare, o un supplemento d'ipoteca, o il rimborso del suo credito nel caso in cui avvengano nei beni ipotecati notabili deteriorazioni.

1788. La Legge toscana ha inoltre con maggior chiarezza distinto la semplice deperizione dei beni dalle deteriorazioni al debitore imputabili « quando gl'immobili (così il citato articolo 74) sottoposti ad ipoteca speciale, per una causa non imputabile al debitore perissero, o si deteriorassero in tal modo da non somministrare più al creditore una sicurezza sufficiente, potrà esso ottenere ad elezione del debitore o un supplemento d'ipoteca, o l'immediato rimborso del credito sebbene non ancora esigibile: e se la

« nit ». L. 25. Cod. De pignoribus etc. « Servo, qui fuerat
« pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio ».

« deperizione totale o parziale del fondo, o fondi
 « specialmente obbligati, sarà avvenuta per il fatto
 « del debitore, nascerà a favore del creditore il
 « diritto di chiedere l'immediata restituzione del
 « suo credito ».

1789. Onde sia rettamente interpretata una tale disposizione secondo il vero principio, che la dirige, il quale è fondato nelle obbligazioni del debitore, si rende necessario il distinguere la insufficienza dei beni ipotecati a garantire il credito dalla deperizione, e dalla deteriorazione di questi.

1790. La Legge predica della deperizione, e della deteriorazione in quanto che viene in questi due casi a mancare la causa efficiente della ipoteca. Nel caso in cui la ipoteca costituita sia di per se insufficiente, altre regole, ed altri principj debbono invocarsi; ed infatti è necessario distinguere se il debitore nel costituire la ipoteca usò cattive arti o nel far supporre una maggiore estensione dei beni, o nell'occultare la esistenza di precedenti ipoteche, in questo caso la pretesa, e giustificata insufficienza darà diritto alla repetizione del credito, in quanto che viene nello stesso tempo provata la falsa causa, che indusse il creditore a concordare la dilazione al pagamento del suo credito, e il concorso del dolo per la parte del debitore (').

1791. Quando al debitore non è imputabile l'uso

(') PERSIL *Comment. art. 2131. num. 5.*

di male arti onde fosse accettata una ipoteca pretesa insufficiente, il creditore deve a se stesso imputare se dietro i suoi esami crede di accordare ai beni ipotecati un valore che più tardi teme di non realizzare, la legge lascia a lui il pieno diritto di domandare a suo tempo l'intero credito (*), ma non li accorda il diritto di domandare il supplemento della ipoteca, o la restituzione del credito prima della pattuita scadenza, avvenuta la quale, la legge stessa a lui concede la facoltà d'investire sotto certe condizioni gli altri beni del debitore, come sarò in seguito ad osservare (*).

1792. Ora passando a parlare dei casi espressamente previsti dall'articolo 74 della toscana Legge osservo, che in questa si parla delle sole ipoteche speciali (3), per la qual cosa per le generali conviene parlare della repetizione del credito, o di altre misure conservatorie a forma delle regole di

(*) L. 28. ff. *De rebus creditis*. « *Creditor qui non idoneum pignus accepit non amittit exactionem ejus debiti quantitatis in quam pignus non sufficit* ». L. 10. *Cod. De obligat. et act.* « *Adversus debitorem electis pignoribus actio non tollitur, sed eo quod de pretio servari non potuit in debitum computato, de residuo manet actio* ».

(*) Ved. in seguito la sez. VI. di questo capit.

(3) Sotto la categoria delle ipoteche speciali si comprendono le ipoteche convenzionali tutte, e i privilegi speciali che possono in semplici ipoteche legali convertirsi. Ved. tom. II. §. 1345. e seg.

ragione (*), e quanto alla deperizione naturale o fortuita del fondo ipotecato, questa è a carico del debitore secondo che dispongono le Leggi romane, alle quali giova sempre ricorrere, ma relativamente all'onere del debitore di dare nuova cautela, quale non prestata, si accorda al creditore il diritto di esigere il credito non per anco scaduto, la Legge toscana ha adottato l'art. 2131 del Codice civile, dal quale soltanto si vede parificata la fortuita deperizione dei beni alla deteriorazione proveniente dal fatto del debitore(*).

1793. I beni possono deperire in tutto o in parte tanto per una causa naturale, o fortuita, come sono le inondazioni, incendi, ed altre pubbliche calamità, quanto in ragione di una espropriazione coatta per causa di pubblica utilità. In tutti questi casi non si verifica una assoluta, e irreparabile perdita per la parte del proprietario.

(*) È facile concepire, che il disposto di quest'articolo si rende inutile per le ipoteche giudiziali, la origine delle quali avviene a debito scaduto, ed esigibile: rapporto alle legali, nel caso in cui avvenga la deperizione dei beni per il fatto del debitore potrà essere a seconda delle regole di ragione provveduto, non essendo improponibile la istanza di remozione del tutore se il suo operato sia diretto al danno del pupillo, e la domanda di assicurazione di dote per le mogli, ottenendo di questa oggi la realizzazione nei modi legittimi, ogni qualvolta si devenga ad atterrare fabbriche, o in altro modo a deteriorare i beni ponendo in pericolo la dote medesima.

(*) *PERSIL Comment. art. 2131. num. 4.*

Può bene essere che li stabili, e i fondi siano stati assicurati, e che l'infortunio dia diritto a ripetere la indennizzazione da una Compagnia di assicurazioni. È certo, e non può porsi in dubbio, che non si dà espropriazione per causa pubblica senza il pagamento del prezzo, e di tutte le indennità al privato, che deve cedere la sua proprietà.

1794. Non può cader dubbio, che nel caso di espropriazione per causa pubblica la somma che si stabilisce per la indennità resta surrogata alla cosa, ed i creditori ipotecarj e privilegiati possono su questo prezzo concorrere ed esercitare tutti i loro diritti di prelazione (*). Sarebbe per altro desiderabile, che una legge determinasse il modo col quale i creditori dovessero esercitare le loro azioni, poichè non sempre si sono praticate formalità veramente confacenti, e adattate ad espropriazione di tal natura: quando la espropriazione accade per l'effetto di una legge, il proprietario deve a questa sottoporsi; così la ragione naturale suggerisce che i creditori tutti senza essere

(*) Il DELALLEAU *De l'expropriation pour cause publique* num. 729. et num. 1160. distingue la indennità che rappresenta il prezzo dell'immobile dalle altre che sono dovute per perdita di locazioni, o per privazione di frutti, e sostiene distribuibile la prima ai creditori ipotecarj, e l'altra dovuta al debitore, o ai suoi creditori chirografarj. Per vero dire la distinzione non sembra adottabile sotto l'impero della Legge del 2 maggio 1836, la quale dichiara far parte degl'immobili i frutti a questi aderenti, dimodochè le indennità devono riteuersi e considerarsi inseparabili dal prezzo e valore dei beni.

personalmente ricercati debbano in un termine prefisso presentare le loro opposizioni al libero ritiro del prezzo, e fattone in questo caso il deposito si debba far luogo ad un particolare giudizio fra i creditori senza che i Direttori dell'opera pubblica vadano ad occuparsi delli spogli dei certificati ipotecarj di tutti i possessori, equiparando simile espropriazione al giudizio della purgazione delle ipoteche.

1795. È esistita la disputa sulla indennità che nel caso di fatale danno può esser pagata da una Compagnia di assicurazioni (*), e si è preteso da alcuni di parificare questa indennità a quella dovuta nel caso di espropriazione per causa pubblica; ma per verità in quel caso si verifica una vendita coatta, ed un prezzo che rappresenta la cosa venduta; in questo secondo si ottiene la indennità che è dovuta in seguito del premio di assicurazione pagato dal debitore, la quale indennità viene a formar parte del patrimonio mobiliare, il quale deve essere distribuito ai creditori in contributo, come ha deciso la Corte di Cassazione nel 28 giugno 1831 (*).

1796. Or passando a trattare delle deteriorazioni imputabili al debitore, è necessario formarsi un'idea degli atti con i quali il debitore può disporre, ed abusare delle cose sue. Il debitore può,

(*) *TROPLONG Comment. tom. 4. §. 890.*

(*) *Ved. Journal du Palais tom. 25. pag. 1753.*

volendo, cambiare la superficie dei suoi beni atterrando alberete, boschi che contengano piante di alto fusto, e gli edifizii, può locare i suoi beni tanto a tempo breve, quanto per un lungo tempo, può alienarli, ed in altri trasferirne il dominio in tutto o in parte, in corpo o in frazioni, cedendo il solo dominio utile, e ritenendo il diretto, e può costituire sopra questi qualunque genere di servitù.

1797. Tali essendo gli atti che per la facoltà naturale, e per la indole del dominio possono essere dal debitore posti in essere, occorre di parlare delle deteriorazioni per quattro distinte cause, cioè: 1.° per la mutazione dei beni, e per l'alterata superficie dei medesimi; 2.° per il fatto della loro locazione; 3.° per il fatto della loro alienazione; 4.° per il fatto delle costituite servitù. Queste distinte cause di deteriorazione non portano tutte al diritto di ripetere i crediti avanti la scadenza; alcune suggeriscono azioni diverse, altre possono essere causa dell'annullazione dei titoli che le producono allorchè l'azione ipotecaria è dedotta in giudizio.

1798. La prima causa di deteriorazione può verificarsi quando il debitore altera la superficie dei beni ipotecati, e per la loro mutazione si verifica una diminuzione del loro valore. In questo caso deve ritenersi, che al creditore competerà non solo l'azione a ripetere il suo credito, ma ancora il diritto di provvedere al suo interesse con atti con-

servatorj, e nel modo più efficace facendo inibire al debitore, ed a coloro che seco lui contrattarono la distruzione delle fabbriche, e l'atterramento dei boschi, e delle piante di alto fusto, le quali formano una parte integrale dei fondi, o almeno una notevole loro accessione (*).

1799. Per mezzo di locazioni non ordinarie, e contrarie alla consuetudine può il debitore portare una diminuzione al valore dei beni. Contro questo fatto in certo modo tollerato dalle Leggi francesi si eleva la critica degli scrittori in materia i quali accensano come contrario alla sicurezza delle ipoteche il disposto dell'articolo 692 del Codice di Procedura civile dei Francesi, il quale limita la dichiarazione della nullità delle locazioni, ed affitti allorchè il titolo non ha la data certa anteriore al primo atto di precetto al pagamento del debito ipotecario (*).

1800. Ritenuto che il solo fatto della locazione non dà titolo ai creditori di domandare la restituzione dei loro capitali, si è questionato presso di noi, se dopo l'abolizione della Procedura fran-

(*) PERSIL *Comment. art. 2166. num. 9.* Ved. la *Decis. della Corte di Cassazione di Francia del 17 marzo 1818*, riportata nel *Journal du Palais, édit. 3. tom. 14. pag. 715*, e la *Decis. della Corte Regia di Firenze del 6 marzo 1840*, riportata negli *Annali di Giurisprudenza tom. 2. part. 2. colon. 190.*

(*) DECOURDEMANCHE *Du danger de preter sur hypothèque etc. exemp. 9 et 10.*

cese contro il danno procurato dal debitore con le indicate locazioni vi fosse un mezzo di riparazione all'interesse dei creditori; ed i Tribunali toscani decidendo simile questione, vigente il sistema ipotecario francese modificato e corretto dalle Leggi successive toscane, crederono di dover applicare le massime pure del romano Diritto, dichiarando la insussistenza delle locazioni consentite dai debitori (').

1801. La Legge del 7 gennajo 1838 sopra i giudizi esecutivi sembra ammettere indistintamente, ed in tutti i casi che la vendita all'incanto risolve tutte le locazioni, così esprimendosi nell'art. 125: « Le conduzioni benchè anteriori alla intimazione « del mese trasmessa al debitore, potranno rescin- « dersi dal liberatario, previa la disdetta nei ter- « mini d'uso. — Non sarà tenuto il liberatario a « rispettare le anticipazioni, se non che sino alla « concorrenza di quelle solite farsi per la consue- « tudine del paese. — Avrà il conduttore, od in- « quilino il suo regresso contro il locatore per « ogni danno, ed interesse nei casi, e termini di « ragione ».

1802. I nuovi Tribunali toscani hanno interpretato, ed applicato in vario modo la nuova legge; poichè alcuni ritenendo una tale disposizione dependente dal possibile, o non possibile danno dei

(') *Tesoro del Foro Toscano tom. 27. dec. 2, et tom. 39. dec. 70.*

creditori, hanno fatto dipendere la continuazione delle precedenti locazioni dall'evento possibile, che la locazione potesse portare una diminuzione del prezzo; altri, e con questi la Corte Regia (*), hanno opinato che il Legislatore toscano anzi che regolare la sorte dei creditori a norma del premesso principio abbia con la riportata disposizione transatto nella questione degli Scrittori francesi sul citato articolo 691 del Codice di Procedura civile, ed ha stabilito che i creditori non possano risolvere le locazioni se non per mezzo della alienazione dei beni ipotecati, cosicchè nella pendenza degli atti dell'incanto debbano restar ferme le locazioni, ed irrepetibili i canoni già anticipati.

1803. Difficile, e quasi improbabile si è il caso che si passi alla vendita dei beni senza la propria, e vera operazione del debitore; ma non è improbabile però, che alcuno abbia ottenuto in locazione un fondo avanti che sia stato ad altri ipotecato, per la qual cosa è dato di domandare se il conduttore anteriore a tutti i creditori ipotecarj debba sentirsi opporre l'articolo 125 sopracitato.

1804. A me sembra doversi rispondere a favore del conduttore allora quando oltre la data certa del titolo esso abbia assicurato il suo contratto con ipoteca speciale debitamente conservata con opportuna iscrizione capace di vincere i credito-

(*) *Decisione del 14 marzo 1840, riportata negli Annali di Giurisprudenza tom. 2. part. 4. colon. 231.*

ri, ai quali può far danno l'affitto convenuto, alienandosi l'immobile, non tanto per la identità di ragione, che può esistere fra i creditori ipotecari posteriori all'affitto e l'acquirente di un fondo già locato, contro il quale si risponde allorchè il conduttore si è assicurato col patto della perseveranza dell'affitto, e della inalienabilità dei beni pendente la locazione assistito da espressa, e speciale ipoteca (¹), quanto perchè data la esistenza della ipoteca debitamente iscritta, facile è di presumere la scienza del creditore posteriore, e può, e deve ritenersi, che tanto il debitore nel conferire con la ipoteca il mandato a vendere, del quale vado a parlare nella successiva sezione, quanto il creditore nell'accettarlo siano venuti tacitamente a convenire di rispettare la precedente locazione, e così a concordare la inapplicabilità di un articolo di legge scritto per i casi più frequenti, o di locazioni occulte, o di locazioni convenute dal debitore dopo la costituita ipoteca.

1805. Parlando della terza causa della deteriorazione dei beni che si vuol desumere dalla alienazione osservo, che l'atto dell'alienazione è un atto indifferente di fronte ad una ipoteca legittimamente costituita e conservata, perchè si risolve al dirimpetto del creditore ipotecario in una semplice mutazione di persona la quale non arreca

(¹) FIERLI *Observat. prat.* tom. 1. *observat.* 127. *ad leg. empt. Cod. de locat.*

danno al creditore stesso atteso il diritto che in forza della ipoteca a lui compete di perseguire i beni a questo vincolo affetti, qualunque ne sia l'attuale possessore (*).

1806. Il passaggio della proprietà può avvenire per il titolo di compra, di donazione, di legato, di enfiteusi, e di locazione perpetua; il terzo possessore è costretto a dimettere il debito, o a rilasciare i beni; e se ama purgarli dalle ipoteche, è costretto ad offrire un prezzo che sia ai beni dietro stima attribuito, talchè niun danno risente il creditore ipotecario in quanto che anco il terzo possessore, che non ha convenuto un prezzo, è tenuto ad offrire il valore dei beni come vedremo a suo luogo (*).

1807. Si crede per altro che un danno possa a carico delle ipoteche verificarsi allorchè il debitore aliena in dettaglio i beni, e come si dice a frazioni.

1808. Alcuni sostengono, che per il solo fatto dell'alienazione parziale si verifichi una degradazione della ipoteca, perchè pone in cimento il creditore di essere sottoposto a tanti diversi rincari quante sono le alienazioni, che può fare il

(*) *L. 15. Cod. De pignoribus etc. « Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fidei-commisum reliquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est, unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes ».*

(*) *Ved. in seguito §§. 1922. e seg.*

debitore, quindi non tanto per la indivisibilità della ipoteca quanto per gli oneri ed aggravii che portano le vendite private ai creditori, dal solo fatto di una parziale alienazione fanno sorgere nel creditore il diritto a domandare un aumento di cautela o la restituzione del debito avanti la scadenza, tanto nel caso in cui gli alienatarj particolari abbiano proceduto al giudizio della purgazione delle ipoteche, quanto nell'altro nel quale dopo l'acquisto fatto abbiano praticato un perfetto silenzio, e non siansi curati di adempire alle formalità indicate dall'articolo 2185 e seguenti del Codice civile (*).

1809. Le decisioni della Corte di Cassazione di Francia, e delle Corti di appello (*) hanno seguito la opinione più rigorosa fino al segno, che alcuna di queste ha creduto così riprovevole il fatto dell'alienazione parziale, che non ha ammesso per scusa il fatto della retrocessione riportata

(*) TOULLIER *Droit civil* tom. 6. num. 666. DELVINCOURT *Cours de Cod. civ.* tom. 2. pag. 493. DURANTON *Droit Français* tom. 11. num. 126. TROPLONG *Comment.* tom. 2. num. 544. *Répertoire de la nouvelle législation*, mot Obligation, sect. 2. §. 3. num. 2. BOILEUX *Comment. sur le Cod. civ.* art. 2131.

(*) Corte di Cassazione dec. del 9 febbrajo 1810, e del 4 maggio 1812 referite nell'*Journal du Palais* édit. 3. tom. 8. pag. 16, tom. 10. pag. 365. Corte imperiale di Parigi 21 febbrajo 1814. dict. *Journal* tom. 12. pag. 46. Corte reale di Poitiers 11 giugno 1819, tom. 15. pag. 325.

dal debitore, nè la renunzia del terzo acquirente ai benefici della purgazione delle ipoteche (*).

1810. Quelli che sostengono la opinione la meno rigorosa osservano che non procedendo l'acquirente, o gli acquirenti delle quote divise, e così delle frazioni dei beni ipotecati al giudizio della purgazione delle ipoteche, non avviene per il creditore alcun danno, nè si verifica alcuna deteriorazione nella ipoteca, perchè l'alienazione semplice non porta alterazione alla ipoteca medesima, mentre i beni si trasferiscono nel nuovo possessore col vincolo precedentemente imposto (*), e quando il terzo possessore non si determina a purgare le ipoteche si mantiene in lui la rappresentanza del debitore. Queste ragioni sono state con molta chiarezza espresse nella decisione della terza Camera della Corte imperiale di Parigi del dì 11 febbrajo 1815 (3).

1811. Se si dovesse rispettare soltanto il numero dei giudicati dovrebbe abbracciarsi la prima opinione: ma contro questa stanno argomenti contro i quali non si hanno pronte risposte. In primo luogo osservo, che con l'inibire al debitore di alienare i suoi beni a causa della ipoteca si porterebbe

(*) *Corte reale di Angers Decis. del 28 febbrajo 1842. Journal du Palais édit. 3. tom. 17. pag. 156.*

(*) *L. 18. §. 2. etc. De pignorat. act. « Si fundus pignori ratu venierit, manet causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat ».* PERSIL *Comment. art. 2166. num. 6.*

(3) *Journal du Palais édit. 3. tom. 12. pag. 583.*

un nuovo inceppamento delle proprietà, e si darebbe una estensione al vincolo ipotecario (¹). In secondo luogo osservo che non sempre le vendite parziali portano il danno ai creditori, giacchè talvolta sono utili e giovevoli, e possono da loro accettarsi, e contro le parziali meno utili proporre il rincaro, essendo invece meno grave per il creditore il cautelare il rincaro di una parte dei beni, che quello di un'intera tenuta, quindi difficile mi sembra di stabilire per regola costante di giudicare, che debba ritenersi come pregiudicevole e dannosa alla ipoteca costituita la vendita parziale dei beni, mentre può essere qualche volta utile.

1812. Alle due osservazioni già fatte aggiungo, che se sotto l'impero delle nuove leggi la vendita privata pone il creditore, avvenendo gli atti della purgazione, nel cimento di fare un rincaro al prezzo debitamente cautelato, le Leggi romane obbligavano il creditore posteriore ad offrire al terzo possessore il rimborso dei crediti anteriori da lui dimessi, nè per questo onere maggiore talvolta dell'attuale, il quale era imposto al creditore posteriore, non si diceva che l'alienazione privata avesse deteriorata la condizione della ipoteca del creditore; per la qual cosa trovo irragionevole che si stabilisca come causa del danno un onere, che fu sempre inerente al vincolo della ipoteca la

(¹) *Ved. tom. II. §. 868.*

quale, come già osservai, non trasferisce nei creditori il dominio (*).

1813. Tolto al fatto solo dell'alienazione parziale il carattere di pregiudiziale e dannoso, concludo, che secondo la diversità dei fatti e delle circostanze potranno i Magistrati attribuire alla vendita parziale il carattere di dannosa, anzichè utile, ove si dimostri il concorso della frode preordinata al danno dei creditori, specialmente se si tratti di beni i quali non soffrono comoda divisione, nel qual caso il danno sarebbe evidente, e manifesto; e quando non sia luogo alla revoca dell'atto dedotta la eccezione del dolo, io credo che dovrà nei casi ordinarj attendersi il fatto della purgazione parziale delle ipoteche per parte di un compratore per ripetere la totalità del credito avanti la scadenza non a causa del danno, ma per la ragione che il debitore procedendo a qualche alienazione e consentendo la introduzione di successivi giudizi di purgazione delle ipoteche viene a rendere esigibili i crediti non per anco scaduti per il disposto delle nuove leggi ipotecarie (*), e la esigibilità del credito una volta concessa non può limitarsi ad una sola di lui parte, avendo il creditore diritto a recusare pagamenti parziali (†).

(*) *Ved. tom. II. §. 868.*

(*) *Codice civile dei Francesi art. 2184. Legge del 2 maggio 1836 art. 152.*

(†) *L. 99. ff. De solut. L. 9. ff. De pignoribus et hypoth. Romus. De solut. quest. 50. num. 48.*

1814. Una sola obiezione avente maggiore apparenza di ragione sarebbe quella che nel caso dell'alienazione il creditore, il di cui credito abbia una lunga scadenza, può essere soggetto a veder perimere la sua ipoteca per la prescrizione della quale il terzo acquirente potrà giovare, ma a questa obiezione si risponde, che un tal pericolo si può verificare anco nelle vendite private della totalità dei beni ipotecati, contro le quali il creditore trova il mezzo di sicurezza interrompendo il corso della prescrizione, del qual rimedio può usare anco a carico degli acquirenti parziali dei beni, e così esimersi da un danno che a lui può derivare in un caso, e nell'altro per la sola sua negligenza, contro la quale sta la regola di cui la legge 24. ff. *Quæ in fraud. creditorum*. « *Quia jus civile vigilantibus scriptum est* » (*).

1815. Credo di dover dar termine alle questioni della deteriorazione per il fatto della alienazione con osservare, che potrà, tanto nel caso di alienazione parziale, quanto in quello della totalità dei beni ipotecati, verificarsi la deteriorazione imputabile al debitore, se il creditore avendo ritardato d'inscrivere la sua ipoteca per far cosa grata al debitore venga a verificare che la sua tardiva iscrizione rimanga inefficace; in questo caso si verifica l'assoluta deteriorazione della ipoteca per il fatto del debitore, il quale non può attentare

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 1. dec. 31. num. 15.*

alla ipoteca da lui convenuta, o sia questa, o non sia sollecitamente iscritta.

1816. La quarta ed ultima causa delle deteriorazioni si verifica per la costituzione delle servitù, le quali come ognuno sa, si dividono in *personali*, e *prediali*; le personali sono l'usufrutto, l'abitazione, e l'uso; le prediali sono quelle che appartengono ai predj urbani, e rustici (*).

1817. Facilmente si concepisce, che se sopra un fondo urbano dopo la costituzione della ipoteca s'impone una servitù, per esempio *alius non tollendi*, quella del *prospetto* e simili, il fondo resta notabilmente depreziato; lo stesso accade se si tratta delle servitù personali delle quali ho fatto parola.

1818. Non ostante un tal pregiudizio gli Scrittori francesi parlando del solo usufrutto dicono, che nella di lui costituzione si verifica una parziale distrazione della cosa ipotecata, e che in conseguenza potrà essere dal creditore perseguitato con l'azione ipotecaria (*).

1819. Relativamente alle altre servitù alcuni intendono che possano formare subietto di espropriazione, e di realizzazione a favore dei creditori (†). Il solo Troplong (‡) giustamente rileva

(*) HEINECC. *Element. juris lib. 2. tit. 3. 4. e 5.*

(*) TARRIBLE *Des hypoth.* tom. 1. §. 170. TROPLONG *t. 3. §. 776.*

(†) PERSIL *Comment. art. 2166. num. 5. et 6.* DALLOZ *mot Hypothéq. pag. 331.* DELVINCOURT *t. 3. p. 172. not. 1.*

(‡) *Comment. tom. 3. §. 777 bis.*

che questi diritti incorporali non sono più soggetti d'ipoteca, e perciò non possono formare subietto di purgazione nè dell'esperimento di azione ipotecaria, ma non decide sulla sorte di questi diritti.

1820. Quanto all'usufrutto costituito dopo la ipoteca, io distinguo il caso in cui il creditore voglia limitarsi ad esentere i beni quanto al solo usufrutto dal caso in cui esso perseguita i beni in tutti i loro elementi di dominio, e di possesso senza fare alcuna distinzione, citando a causa tanto chi ha la rappresentanza dell'usufrutto, quanto quelli che rappresentano la proprietà; nel primo caso il solo usufrutto perseguitato dovrà essere alienato, e potrà in ragione di correlazione esser purgato dall'usufruttuario avente titolo posteriore alla ipoteca; nel secondo diretta l'azione ipotecaria sopra i beni investiti tanto per il dominio quanto per l'usufrutto, io credo che non si dovrà frazionare la proprietà dall'usufrutto e che il creditore forte nella sua ipoteca di natura sua individua, avrà diritto di alienare i beni senza avere rispetto alcuno al titolo dell'usufrutto posteriormente costituito, nè dovrà permettere che due distinte alienazioni si facciano dividendo l'usufrutto dalla proprietà, perchè altrimenti si verificherebbe la non ammessa divisibilità della ipoteca.

1821. Nè può dirsi che con ritenere questa opinione uno si ponga in contradizione con le cose dette, e sostenute a riguardo della alienazione parziale, mentre altro è che una moltitudine di

beni ad una sola ipoteca sottoposti si alienino dividualmente, altro è che i beni stessi si frazionino in modo da variare le condizioni con le quali si possedevano all'epoca del contratto di costituzione della ipoteca, o suddividendo il dominio in utile e diretto, o separando l'usufrutto dalla proprietà. Nel primo caso niuna variazione reale avviene nei singoli beni, ma nel secondo, che è il presente, avviene una suddivisione di diritti reali sopra un medesimo fondo capace di portare gli effetti stessi dalla mutazione reale delle cose.

1822. Quanto a tutte le altre servitù tanto reali che personali, io credo che debba essere rigettata la opinione di coloro che le suppongono capaci di persecuzione con l'azione ipotecaria: quindi non potendo formar subietto di realizzazione, il creditore ipotecario potrà domandare che si abbiano nel di lui favore e comodo come nullamente convenute, onde nell'alienare i beni ipotecati possa realizzarsi quel maggior prezzo del quale sono essi suscettibili nello stato di libertà dalle servitù imposte dopo la costituita ipoteca, per il principio che il debitore non può variare e mutare lo stato dei beni affetti alla ipoteca senza il consenso dei suoi creditori.

SEZIONE TERZA

*Del mandato a vendere i beni ipotecati conferito
dal debitore al creditore.*

S O M M A R I O

Mandato conferito al creditore per vendere i beni ipotecati secondo le Leggi romane §§. 1823 e 1824.

Questo mandato non toglie, secondo le citate leggi, la facoltà al debitore di vendere esso i beni ipotecati §. 1825.

Patto permesso per il quale il debitore si privava di tal facoltà §. 1826.

Disposto di Leggi toscane, e consuetudine di giudicare dei Tribunali dopo l'abolizione della Procedura francese §. 1827.

Disposto della nuova Legge del 7 febbrajo 1838, la quale toglie al debitore la facoltà di alienare dopo la trascrizione della domanda di vendita §. 1828.

Regole che si stabiliscono per applicare la nuova legge §. 1829.

Cause che fanno cessare il mandato conferito al creditore anco a giudizio incominciato §§. 1830. 1831. 1832.

Quando possa dirsi non perfezionata la vendita, ed ammesso il debitore a revocare il mandato §. 1833.

Difficoltà che può incontrarsi per determinare il creditore o creditori che il debitore deve disinteressare §. 1834.

Distinzioni che si propongono §. 1835.

Ragioni che assistono le distinzioni proposte §§. 1836. 1837. 1838.

1823. **A**vvvenuta la scadenza del debito, e questo non pienamente pagato, adito il competente Giudice, può il creditore domandare l'autorizzazione a vendere i beni a lui ipotecati secondo che chiaramente dispongono le *LL. 6. e 13. Cod. De distract. pign.*

1824. I Dottori ripetendo queste disposizioni insegnarono, che il debitore nell'atto stesso, col quale costituisce una ipoteca, conferisce al creditore il mandato a vendere i beni a quella sottoposti (*).

1825. Sotto l'impero delle Leggi romane, il semplice mandato a vendere i beni ipotecati non privava il debitore della facoltà di alienare di per se i beni medesimi, onde soddisfare i suoi creditori, sebbene avessero questi già intentata l'azione ipotecaria, non costituendosi da questa il vizio del litigioso sopra i beni perseguitati come dispone la Novella 112. « *Ab hoc autem litigiosi vocabulo*
 « *hypothecas separari decernimus, et in his hanc*
 « *distinctionem tenere, ut si quidem speciales res*
 « *mobiles, vel immobiles, aut semoventes nomina-*
 « *tim fuerint hypothecæ suppositæ, liceat quidem*
 « *debitori eas, cui et quando voluerit vendere, sic*
 « *tamen, ut ex precio earum usque ad debiti quan-*
 « *titatem satisfaciat creditori. Si autem hoc debi-*
 « *tor non fecerit, danus licentiam creditori, qui*
 « *rem venditam suppositam habet, eandem rem*
 « *vindicare, donec ei satis pro debito fiat* ».

1826. Per impedire che il debitore, presso il quale rimane il dominio del fondo non ostante la infissa ipoteca, avesse potuto usare della facoltà per

(*) NEGUSANT. *De pignoribus part. 6. memb. 1. num. 15.*
 MUDAEUS *De pign. et hypoth. capit. de pactis pignor. n. 10.*
 MERLIN *De pignor. etc. lib. 4. tit. 3. quæst. 95. num. 2.*

lui naturale di alienarlo di per sè, si rendeva necessario un patto espresso del quale parla la *L. 7. §. quæritur ff. De distractione pignor.* sulla lezione della quale fu il Bartolo molto incerto, poichè dubitò, che dovesse leggersi « *nullam esse conventionem* » anzi che « *nullam esse venditionem ut pactioni stetur* » (*).

1827. Dopo l'abolizione fatta in Toscana della Procedura francese le esecuzioni ipotecarie furono sempre regolate con leggi molto deferenti al disposto del romano Diritto, per la qual cosa nel tempo stesso in cui fu riconosciuto competere al creditore la facoltà di vendere i beni a lui ipotecati nell'interesse proprio, e con citazione di tutti gli altri creditori, non ostante il dissenso di qualche Giudice di prima istanza è stato sempre permesso al debitore di arrestare le procedure esecutive tentando all'incanto una vendita volontaria con forme più celeri dell'ordinaria, o in altri alienando i beni perseguitati privatamente con sostituire alla vendita coatta la procedura dell'offerta del prezzo, che il nuovo acquirente è in dovere di proporre per purgare le ipoteche.

1828. La Legge del 7 gennajo 1838 ha fatto risorgere fra noi alcune disposizioni del Codice di

(*) Per risolvere ogni disputa su quella legge il Bartolo si fece a consultare le antiche Pandette che si conservavano in Pisa, e che oggi si trovano in Firenze nella Biblioteca Laurenziana. *MUDAUS De pignor. et hypoth. cap. de pactis pignorum. 17.*

Procedura civile dei Francesi, e fra le altre quella che riguarda la irrevocabilità del mandato a vendere esercitato dal creditore istante, poichè dopo la trascrizione dell'estratto della domanda di vendita alla Conservazione delle ipoteche, nel di cui circondario si trovano i beni subastabili, il debitore o il terzo possessore non possono *distrarre nè in tutto, nè in parte* (sono parole dell'art. 69), *nè imporre nuovi oneri sopra i relativi stabili, e loro accessori, e saranno nulli tutti gli atti, che egli facesse in contravvenzione, non competendo ad essi che gli atti di pura, e mera amministrazione di che nell'articolo 62 (*)*.

1829. Di fronte alle disposizioni delle antiche, e delle nuove leggi dovendo stabilire le regole proprie al mandato di cui si parla convien ritenere, 1.° che al debitore non è impedito di prevenire il creditore nella vendita dei propri beni usando della sua naturale libertà con vendere i beni prima della trascrizione della domanda di vendita; 2.° che il mandato ad alienare addiviene irrevoca-

(*) La Legge toscana ha adottata la disposizione dell'articolo 692 del Codice di Procedura civile francese con la interpretazione estensiva data al medesimo dai proceduristi CARRÈ *Analyse raisonnée sur le Code de Procédure civile* art. 692. 693. 694. *question 2124*, ed ha rigettata la opinione degli altri scrittori, fra i quali di GRENIER *Des hypoth.* tom. 1. num. 111. Occorrerà, trattando dell'ordine, di parlare delle ipoteche costituite avanti la trascrizione della domanda di vendita che siano iscritte dopo la medesima.

bile subito che la trascrizione della domanda di vendita ha avuto luogo.

1830. Essendo peraltro il mandato fatto al creditore *causativo* e non *assoluto*, deve per necessità venire a mancare ogni qualvolta manca la causa che lo ha fatto sussistere. La causa del mandato a vendere è la necessità di procurare al creditore il mezzo della soddisfazione del proprio credito.

1831. È per queste ragioni, che fino alla consumazione della vendita il debitore conserva la facoltà di recuperare i suoi beni soddisfacendo il creditore, o questi recusando può con il deposito di ciò, che esso deve per capitale frutti e spese, troncare il corso della procedura, non potendo la vendita aver luogo stante che col deposito di ciò che è dovuto, o col pagamento del debito il mandato conferito al creditore viene *ipso jure* a mancare. *Leg. 8. Cod. De distract. pignoris.*

1832. Niuna legge ha mai derogato ad una disposizione sì savia, e sì giusta. La Legge toscana ha ripetuto il disposto della citata *Leg. 8.* nell'articolo 130 così concepito: « Finchè non sia approvata irretrattabilmente la liberazione fatta, o l'aggiudicazione, o che non sia emanato il decreto di cui sopra, il debitore, previo il deposito dei capitali dovuti, degli interessi, e delle spese, può sempre recuperare i suoi fondi ».

1833. Per la disposizione della Legge toscana è dato di stabilire che l'alienazione non si verifica fino a tanto che il Tribunale non ha pronunziato

il decreto col quale deve approvarsi la liberazione riportata dal terzo, che si rese licitatore all'incanto (*), o con l'altro col quale si accordi ad uno dei creditori la prelativa aggiudicazione (*), o nel difetto di questi non avvenga l'aggiudicazione dei beni in natura ai creditori secondo l'ordine della graduatoria, nel quale ultimo caso, fino a tanto che oltre l'apertura del giudizio d'ordine non sia proferita la definitiva sentenza di graduatoria, non può verificarsi la propria, e vera alienazione, perchè senza la comparsa dei singoli creditori non può aver luogo la graduazione loro, senza la quale nel sistema della nuova legge non può sussistere nella realtà aggiudicazione dei beni in natura.

1834. Una sola difficoltà può incontrarsi nel determinare, se per ottenere la sospensione della procedura debba aver luogo per parte del debitore il deposito dei capitali interessi e spese dovute a tutti i creditori, o di quelli dovuti al solo creditore istante: per risolvere questa difficoltà a me sembra che debba distinguersi il caso della vendita che si faccia a contanti tanto per liberazione che per mezzo dell'aggiudicazione, dall'altro dell'aggiudicazione in natura.

1835. Nella pendenza degli atti della liberazione o aggiudicazione a contanti sarà, a parer mio, sufficiente il deposito del capitale frutti e spese do-

(*) *Legge del 7 febbrajo 1838 art. 124.*

(*) *Detta legge art. 127.*

vute al creditore istante; nel caso dell'aggiudicazione dei beni in natura converrà che sia fatto il deposito di ciò che è dovuto a quei soli creditori che si sono presentati nel giudizio d'ordine.

1836. Ora scendendo a rendere le ragioni di tale risoluzione, nel caso della vendita a contanti, ho prescelta la opinione la più benigna per il debitore perchè nella realtà l'esercizio del mandato da lui conferito ad alienare si esercita dal solo creditore istante, e sebbene esso agisca nell'interesse di tutti i creditori iscritti, non è per questo che addiventano per i soli atti di espropriazione esigibili i crediti non per anco scaduti (*), lo che non avvenendo, sarebbe ingiusto che il debitore fosse costretto a dimettere il suo passivo senza distinzione fra i debiti esigibili e non esigibili. Il giudizio particolare di espropriazione produrrebbe allora contro il disposto della legge gli effetti della decozione e del fallimento, che s'incontra dai negozianti allorchè cessano di fare i pagamenti alle scadenze.

1837. Osservo in ultimo luogo che la Legge toscana del 7 gennajo 1838 ha provveduto all'interesse di tutti i creditori citati al giudizio con accordare ai medesimi la surroga al creditore istante

(*) La citazione o il semplice intervento dei creditori ipotecarj iscritti porta a stabilire il loro presunto consenso alla vendita secondo che dispone la legge *Si eo tempore. Cod. De remissione pignoris*; lo che ha ripetuto l'art. 70 della Legge del 7 gennajo 1858.

non tanto nel caso del sospetto della di lui collusione col debitore, e di non scusabile negligenza nella prosecuzione della procedura, quanto nel caso in cui il creditore istante sia posto fuori d'interesse col pagamento del capitale frutti e spese, come esprime l'art. 73 della citata legge, dal quale ne inferisco, che il deposito fatto dal debitore per saldare il creditore istante pone gli altri creditori, i quali abbiano credito scaduto ed esigibile, nel diritto di domandare la prosecuzione degli atti di espropriazione, ed essendo efficace per risvegliare negli altri creditori la facoltà di dedurre all'atto i loro diritti (¹), porta per necessaria conseguenza la esclusione del bisogno che il deposito stesso debba essere comprensivo delle somme dovute ai creditori ai quali non piace di domandarle, o a quelli per i quali non è peranco verificata la scadenza.

1838. Ho detto che nel caso in cui abbia luogo la vendita per mezzo dell'aggiudicazione in natura

(¹) La Legge del 7 febbrajo 1838 non ripete la disposizione dell'articolo 696 del Codice di Procedura civile francese, nel quale è stabilito che dal giorno in cui viene registrata la notificazione del pignoramento fatta ai creditori « non può essere cancellato che col consenso dei creditori o in forza di giudicati pronunziati contro di essi ». In pratica ho osservato che non si procede alla cancellazione della trascrizione senza una nuova citazione dei creditori; ma se non fossero stati per anco notificati dal creditore istante di quella prima sua domanda, non crederei necessaria la citazione dei creditori per la più sollecita radiazione di quella trascrizione.

dovrà il deposito farsi dal debitore a favore dei creditori che compariranno nel giudizio d'ordine in quanto che l'aggiudicazione in natura è subordinata all'accoglienza, che può meritare la domanda di graduazione del creditore nella successiva sentenza, la quale stabilisce l'ordine dei creditori; e siccome la ottengono quei soli creditori che compariscono a domandare il grado, ragion vuole, che si concluda non esser necessario il deposito se non per porre fuori d'interesse quei creditori, i quali con la loro comparsa dimostrano di volere insistere nell'aggiudicazione dei beni in natura (').

(') Nè osta a quanto sopra il disposto dell'art. 130 della Legge del 7 febbrajo 1838, nel quale viene in certo modo parificato il decreto che ordina l'aggiudicazione in natura a quello che approva la liberazione, o l'aggiudicazione ad uno dei creditori per la ragione avvertita che senza la comparsa nel giudizio d'ordine il decreto precitato rimane senza effetto.

SEZIONE QUARTA

*Dell'azione accordata al creditore di alienare
in tutto, o in parte i beni ipotecati.*

S O M M A R I O

Il patto che limiti la facoltà del creditore sulla scelta dei beni da alienarsi è lecito §. 1839.

Nella mancanza di tal patto la scelta dei beni è del creditore §. 1840.

Limitazione indotta dalla pratica §. 1841.

La costituzione di una ipoteca speciale accompagnata, ed assistita da ipoteca generale non toglie la scelta al creditore al dirimpetto del debitore §. 1843.

Disposto delle nuove Leggi ipotecarie §. 1845.

L'arbitrio del creditore si limitava dal Codice civile, nel caso della sufficienza delle rendite di un anno, a dimettere il creditore §. 1844.

Le Leggi toscane lo limitavano nel caso della sufficienza delle rendite di due anni §. 1845.

La nuova Legge del 7 febbrajo 1858 ha fatto mancare questo rimedio §. 1846.

La nuova Legge ha ripristinato la limitazione indotta dall'antica pratica ammettendo il debitore a domandare la restrizione della vendita di soli beni sufficienti §. 1847.

Regola da adottarsi onde tal domanda sia proponibile §. 1848.

Regole speciali nel caso in cui i beni siano posti in circondari diversi di più Tribunali §. 1849.

Facoltà accordata al creditore di estendere la vendita ai beni in principio esclusi dalla prima domanda nel caso d'insufficienza successivamente verificata a riguardo dei beni investiti §. 1850.

1839. **F**ra i patti leciti, e non contrarij alla costituzione della ipoteca può esistere quello che

il creditore con un certo ordine debba escutere alcuni fra i beni ipotecati onde non aggravare di spese inutili il suo debitore, o non alienare senza oggetto la totalità del suo patrimonio.

1840. Quando la espressa convenzione delle parti non ha in tal guisa modificate le facoltà del creditore, subentra il disposto della *Legge 8. ff. De distract. pign.* la quale chiaramente dispone « *Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis ad suum modum pervenire* ».

1841. Al patto tacito, e sottinteso che all'arbitrio del creditore s'intende rilasciata la scelta di perseguire quello fra i beni ipotecati che più a lui piaccia, e tutti ancora, non s'intende derogato al dirimpetto del debitore dall'altro patto sottinteso d'escutere la ipoteca speciale, quando il creditore è munito pur anco della generale, per la ragione che le leggi, le quali della escussione della speciale ipoteca dispongono, sono scritte a riguardo dei terzi, che hanno posteriormente contrattato nel supposto, che la speciale ipoteca somministrasse al creditore anteriore sufficiente sicurezza (').

1842. La pratica giurisprudenza aveva per altro stabilito che al savio prudente arbitrio del Giudice poteva spettare il modificare la illimitata facoltà del creditore adottando un qualche tempe-

(') *Tesoro del Foro Toscano tom. 35. dec. 23. n. 16.*

ramento onde per un credito tenue non si alienassero i fondi di un gran valore (*).

1843. Le nuove Leggi ipotecarie hanno lasciato sussistere nella sua integrità il disposto delle Leggi romane su questo articolo, e presuppongono di queste leggi l'impero subitochè contengono alcune disposizioni dirette a modificare, e correggere l'arbitrio del creditore.

1844. Per disposto del Codice civile dei Francesi l'arbitrio del creditore viene in certo modo sospeso, se il debitore è in grado di provare *con scritture autentiche di locazione* (sono parole dell'art. 2212) *che il reddito netto e libero di un' annata procedente da' suoi immobili, basta pel pagamento del capitale dovuto, degl'interessi e delle spese, e ne offerisca la delegazione al creditore, possono i Giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi se sopraggiunga qualche opposizione o qualche ostacolo al pagamento.*

1845. Dopo la restaurazione del Granducato non tanto per la Legge del 21 luglio 1814 che abolì i giudizi della espropriazione francese, quanto per il disposto del Regolamento di Procedura il creditore fu obbligato a perseguire i beni a lui ipotecati previo esperimento del salviano, con inibizione di divenire alla vendita dei beni per-

(*) DE LUCA *De credito et debito discours.* 126. num. 12.
DE MARINIS *Resolut. juris lib. 2. resolut. 16. num. 14. et resolut. 58. num. 10.*

seguitati se non veniva giustificato, che con le rendite biennali dei beni ipotecati non poteva essere soddisfatto del suo credito di sorte, frutti e spese (').

1846. La Legge del 7 gennajo 1838 con abolire il giudizio del salviano all'art. 201 ha fatto mancare il rimedio equitativo col quale veniva non poco raffrenato l'arbitrio dei creditori, ma nello stesso tempo nell'articolo 189 ha ammesso nel debitore la facoltà di domandare che sia ristretta la quantità delli stabili dei quali è richiesta la vendita.

1847. L'articolo citato è così concepito: « Il debitore che vorrà fare istanza perchè sia ristretta la quantità delli stabili dei quali è richiesta la vendita, sarà ascoltato fino a che non sia decorso il termine di che all'art. 87 », nel quale si parla del termine di giorni otto assegnato a dare l'eccezioni contro la perizia.

1848. All'oggetto di stabilire una norma per poter domandare utilmente la restrizione della vendita dovranno ritenersi le seguenti regole.

1.° Che la istanza deve esser fatta dal debitore almeno dentro gli otto giorni nei quali può eccezionare la stima dei periti.

2.° Che sia da lui dimostrato l'importare dei crediti che possono vincere il creditore istante in anteriorità, e poeriorità.

(') *Regolamento di Procedura civile art. 871. Tesoro del Foro Toscano tom. 8. dec. 39.*

3.° Che sia da lui dimostrato o per mezzo della cifra estimale, e in un modo sommario ed approssimativo se la domanda vien fatta prima della stima, o in ragione di questa, ritenuto il ribasso del 20 per cento, la possibilità di dimettere l'importare del suo passivo con una minor quantità di beni perseguitati (*).

4.° Che nella scelta dei beni venga provato il niuno interesse del creditore a vendere un fondo piuttosto che l'altro, e il sommo suo pregiudizio nella vendita di alcuni particolari fondi.

1849. La Legge precitata del 7 gennajo 1838 (*Art. 186 e 187*) ha limitato l'arbitrio concesso al creditore di perseguire la totalità dei beni a lui ipotecati nel caso in cui questi si trovino situati in diversi circondarj d'ipoteche, e soggetti alla giurisdizione di tribunali diversi, dovendo esso procedere alla vendita dei detti stabili con ordine successivo avanti ciaschedun tribunale, e soltanto è permesso di derogare a questo ordine dietro la prova almeno presuntiva che il retratto dei beni esistenti nella giurisdizione del tribunale, avanti cui s'intende procedere, non sono sufficienti per ottenere il pagamento del di lui credito di fronte ai creditori che lo vincono in anteriorità e po-
riorità.

(*) Desumo la necessità della prova da farsi dal debitore nel modo sopra proposto applicando per identità di ragione il disposto degli articoli 187 e 191 della Legge del 7 gennajo 1838, indicanti le prove da farsi dal creditore per estendere la domanda di vendita ad altri beni.

1850. Finalmente la legge precitata restituisce al creditore con ipoteca generale la facoltà sua naturale d'investire gli altri beni ipotecati esclusi a principio dalla esecuzione, quando è in grado di provare la insufficienza dei beni perseguitati, osservate le discipline di che negli articoli 190. 191. 192. allorchè invece di instaurare un nuovo giudizio vuole estendere quello di vendita di già iniziato.

SEZIONE QUINTA

Dell'erogazione del prezzo realizzato nella vendita.

S O M M A R I O

Erogazione del prezzo ricavato dai beni ipotecati nella dimissione del debito §. 1851.

Diligenze che deve usare il debitore onde il prezzo sia erogato nella dimissione del suo debito per l'oggetto di ottenere la sua liberazione §. 1852.

Le Leggi francesi non hanno derogato a queste regole, la Giurisprudenza le ha confermate dichiarando che la semplice sentenza di graduatoria non porta la liberazione del debitore §. 1853.

Le Leggi toscane hanno sempre confermato queste regole §. 1854.

Uniformità delle disposizioni della nuova Legge del 7 febbrajo 1858 con quelle delle precedenti §. 1855.

Ragioni le quali confermano la premessa opinione §§. 1856. 1857.

1851. **D**alla natura, e indole del pegno e della ipoteca i Giureconsulti romani riconoscevano la origine della obbligazione del debitore di permettere, e del diritto nel creditore di esigere, che il prezzo realizzato dei beni dati in pegno, o ipotecati venisse erogato nella estinzione del credito in primo luogo al titolo delle spese, in secondo luogo in saldo delle usure convenute, finalmente in estinzione del capitale (*).

(*) *Leg. Si necessarias 8. in princ. et §. ult., et leg. Cum et sortis 35. ff. De pignorat. act.*

1852. Oltre al permettere la erogazione del prezzo il debitore è ancora tenuto ad usare tutte le diligenze onde il prezzo delle cose ipotecate sia erogato nella estinzione del debito in quanto che non resta esso liberato dalle azioni del creditore *nisi percepta pecunia*, come si esprime la chiarissima *L. 9. ff. De distract. pignor.* (*).

1853. Le Leggi francesi non derogarono a queste disposizioni; e sebbene sia stato talvolta disputato, se per gli effetti dell'alienazione, e dell'avvenuta sentenza di graduatoria il debitore rimanesse liberato, la risposta è stata sempre negativa perchè la sentenza, con la quale è stabilito l'ordine dei creditori, si risolve in un semplice accolto ed aggiunge un nuovo debitore nella persona dell'aggiudicatario, ma non porta la liberazione del debitore, nè la novazione del debito (*).

(*) La legge citata si compone di una risposta del Giureconsulto Paolo « *Quæsitum est, si creditor ab emptore « pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, « manere debitorem obligatum quia ex necessitate facta « venditio non liberat debitorem, nisi percepta pecunia* ».

(*) Sono da vedersi la *Decisione della Corte di Cassazione del 18 maggio 1808*, della *Corte di Colmar del 22 aprile 1815*, e della *Corte di Grenoble del 29 gennajo 1825. Journal du Palais, édit. 3. tom. 6. pag. 692, tom. 12. pag. 689, tom. 19. pag. 117*. Quando il liberatario non paga il prezzo a sentenza di graduatoria eseguibile può esser soggetto ad una esecuzione sopra i suoi beni particolari per parte dei creditori in grado utile di pagamento. La giuri-

1854. Le Leggi toscane riconobbero in tutti i tempi il bisogno di tener dietro quanto più sia possibile al disposto del gius romano. Il Regolamento di Procedura dichiarò espressamente negli articoli 895 e seg. come conseguenza del principio annunziato il diritto nel debitore di provocare la rivendita a carico del liberatario che si renda moroso al pagamento del prezzo dopo la sentenza di graduatoria passata in stato di legittima esecuzione.

1855. La nuova Legge del sette gennajo 1838 ha disposto, che all'istanza di qualsivoglia interessato può esser domandato a carico del liberatario il deposito coatto del prezzo quando si trovi conveniente, lo che vuol dire quando esista il pericolo della deprezzazione delli stabili, o cada il sospetto della decozione del liberatario, il quale non sia in grado di somministrare cautele per il pagamento del prezzo e frutti su quelli decorrendi, ed ha soggiunto che si può domandare la nuova vendita a carico del liberatario, o quando non abbia adempito il deposito, o quando non sia eseguito il pagamento a seconda della sentenza di graduatoria.

sprudenza francese concorda la esistenza di una doppia azione dei creditori verso il liberatario. Ved. la nota 2 alla Dec. della Corte di Cassazione del 20 luglio 1808. *Journal dict. tom. 7. pag. 33.* La Decisione della Corte di appello di Parigi del 20 marzo 1810 tom. 8. pag. 188. La Decisione della Corte di Riom del 25 giugno 1821 tom. 16. pag. 697.

Sebbene la nuova Legge non abbia adottate le frasi usate dal Regolamento di Procedura, ciò non ostante io reputo che la disposizione dell'articolo 895 del detto Regolamento debba ritenersi come trascritta negli articoli 154 e 158 della citata nuova Legge, in quanto che il primo *interessato* al deposito, e pagamento del prezzo è il debitore secondo i principj del romano Diritto, al quale non è stata fatta espressa deroga.

1856. Contro questo mio modo di sentire non può essere opposto l'articolo 166 della stessa legge esecutiva, nel quale si stabilisce, che *i creditori i quali atteso il minor prezzo ricavato dalla rivendita, o dall'aggiudicazione, rimarranno in tutto, o in parte insoluti, avranno vive le loro azioni ai termini di ragione contro i beni, e la persona del liberatario moroso fino alla concorrenza del prezzo della di lui liberazione, danni, spese ed interessi, da sperimentarsi anche coll'arresto personale, inferendo da simile disposizione che il diritto ad agire per la refezione dei danni sia ai soli creditori concesso, poichè contro un tale obietto rispondo, che l'articolo citato non attribuisce un diritto esclusivo ai creditori dell'espropriato, ma un diritto dependente dalle regole di ragione, a seconda delle quali l'azione *empti, et venditi*, con la quale il venditore domanda al compratore la piena esecuzione del contratto, può sperimentarsi dai creditori valendosi per altro della ragioni utili del loro debitore, e ciò essendo deve piuttosto credersi che*

la Legge toscana, la quale non deroga ai citati principj, abbia questi confermati nel ripetere che i creditori possono domandare il resarcimento di ogni danno dal liberatario moroso ai termini di ragione.

1857. Il disposto della Legge toscana contenente la omissione del nome del debitore espropriato nel citato articolo 166 può essere limitato ai soli creditori nel rapporto dell'arresto personale, potendo credersi che la legge non abbia riconosciuto meritevole di questo favore il debitore espropriato come lo sono i creditori tratti in inganno dal liberatario inosservante le condizioni della vendita.

SEZIONE SESTA

Della obbligazione del debitore di mantenere i beni ipotecati sufficienti alla soddisfazione delle sue obbligazioni.

S O M M A R I O

Il debitore è tenuto a mantenere i beni ipotecati per sufficienti alle obbligazioni che si voilerò garantire §. 1858.

Ragioni che confermano tale obbligazione §. 1859.

Il Codice civile dei Francesi conferma questa obbligazione §. 1860.

Le Leggi toscane procedono in tal concetto con le loro disposizioni §. 1861.

La pratica ha suggerito un mezzo più espediente nella dichiarazione del credito per sentenza di giudice, la quale produce ipoteca §§. 1862 e 1863.

I Giureconsulti francesi pretendono essere sussidiaria la ipoteca giudiziarla che alla speciale si aggiunge §. 1864.

Una tale opinione viene confutata §§. 1865, 1866, 1867.

Inutilità dimostrata di parlare della ritenzione atteso il disposto delle nuove Leggi §§. 1868, 1869, 1870, 1871.

Compendio dei diritti del debitore e dei doveri dei creditori §§. 1872 e 1873.

1858. Il debitore è tenuto a garantire la sufficienza dei beni ipotecati da lui alla soddisfazione del credito che con la ipoteca costituita ha inteso di assicurare (*), nè può credersi che il cre-

(*) *Leg. 3. Cod. De distractione pignorum • Hypothecis • vel pignori bus a creditoribus venundatis, in id quod deest • adversus reum vel fidejussorem ejus actio competit •.*

ditore con accettare una meno idonea ipoteca abbia inteso di rinunciare al primitivo suo diritto, che è quello di ricevere il totale pagamento di ciò che è dovuto (*).

1859. Per confermare in tutta la sua intensità la obbligazione del debitore giova il considerare che il medesimo con l'atto, col quale costituisce la ipoteca, non si spoglia del dominio dei beni; a suo comodo, e beneficio resta ogni possibile avanzo del loro prezzo dopo la dimissione dei creditori ipotecarj (*), quindi la ragione della corresponsività impone che esso a ogni mancanza, ed insufficienza del pegno supplisca.

1860. Il Codice civile dei Francesi (*Art. 2209.*) riconosce la esistenza di questa obbligazione del debitore, ed anco avanti il danno verificato, dimostrata l'insufficienza dei beni ipotecati, concede al creditore la facoltà di estendere la vendita coatta agli altri beni del debitore.

1861. La Legge del 7 gennajo 1838 in prosecuzione, ed ampliazione della legge ipotecaria la quale dispone soltanto nell'art. 1.^o *Tutti i beni immobili e mobili del debitore garantiscono l'adempimento delle di lui obbligazioni*, ha chiaramente espresso nell'articolo 52: « Nel caso che gli stabili

(*) *Leg. 28. ff. De rebus creditis* « Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit ».

(*) *Leg. Quamvis 8. Leg. Si autem 8. Leg. Eleganter 24. §. Si vendiderit. Leg. Creditor 42. ff. De pignorat. actione.*

« specialmente ipotecati al creditore siano insufficienti alla di lui soddisfazione, non gli è imputato d'investire gli altri rimasti in potere del « suo debitore, purchè liberi e non gravati d'ipoteche generali, nè speciali », la quale disposizione peraltro viene sottoposta ai metodi, e discipline di che negli articoli 190. 191. 192. per giustificare la insufficienza dei beni, senza la quale non si dà il diritto di estendere il giudizio di vendita ai beni non ipotecati.

1862. La pratica peraltro ha suggerito un mezzo più espediente e più efficace, poichè non venendo tolta, nè sospesa l'azione personale nascente dal contratto, i creditori, che si sono creduti poco sicuri nella ipoteca speciale, hanno domandato ed ottenuto la dichiarazione del loro credito, e la condanna del debitore per sentenza del tribunale competente, la quale produce secondo il nuovo sistema la ipoteca giudiziale generale per il Codice civile dei Francesi, e speciale ma estesa a tutti i beni dal debitore posseduti all'epoca della condanna secondo la Legge toscana (*).

1863. Niuno ha potuto impugnare questo più efficace espediente tanto sotto l'impero del Codice civile (*), quanto sotto le Leggi toscane pro-

(*) *Codice civile dei Francesi art. 2123. Legge del 2 Maggio 1836 art. 68.*

(*) La Corte di Cassazione ha ritenuto il diritto nel creditore di ottenere la condanna del debitore onde acquistare la ipoteca giudiziale. Vedi le decisioni di detta Corte del 4

mulgate dopo la restaurazione del Granducato avanti il 2 maggio 1836 (*).

1864. I Giureconsulti francesi ammettendo come sussidiaria la nuova ipoteca generale portata dalla sentenza condannatoria hanno sostenuto, che debba questa esercitarsi sussidiariamente, o almeno osservato il disposto dell'articolo 2209, vale a dire giustificata la insufficienza dei beni specialmente ipotecati, giungendo a sostenere, sull'appoggio della *Leg. 9. Cod. de distract. pign.*, che questa massima non può trovare contraddittore (*).

1865. A me peraltro non pare che debba seguirsi la citata opinione, poichè fra noi è invalsa la contraria, vale a dire che l'onere e il beneficio della escussione è scritto nelle Leggi romane per favorire i creditori posteriori, onde ad essi non avvenga il danno di esser vinti dal creditore an-

aprile 1808, 29 aprile 1823, 13 dicembre 1824, e 20 aprile 1825. *Journal du Palais tom. 6. pag. 600, tom. 17. p. 1068, tom. 18. pag. 1216, tom. 19. pag. 416.* È da notarsi che con la decisione del 29 aprile 1823 si ritiene accordata la ipoteca giudiziale con la sentenza che rigetta la opposizione del debitore al precetto esecutivo, vale a dire a quello preliminare della espropriazione, ed ordina la prosecuzione degli atti a carico del debitore riconoscendo in questa sentenza una implicita condanna del debitore. Questa decisione non sarebbe allegabile di fronte alla Legge del 2 maggio 1836, la quale esige una espressa condanna.

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 2. dec. 162.*

(*) *GRENIER Des hypothèq. tom. 1. num. 185. TROPLONG Comment. tom. 3. §. 762.*

teriore, il quale faccia senza bisogno l'esperimento della ipoteca generale, ma non già può allegarsi dal debitore, il quale non può il beneficio della escussione vantare (*).

1866. Esaminate poi le decisioni in contrario citate della Corte d'appello di Bruxelles del 3 pratile anno 12, e della Corte d'appello di Parigi del dì 10 marzo 1809, sembra doversi dichiarare insussistente, e non fondata la opinione che io combatto. Ed in fatti la decisione della Corte di Bruxelles ritenne, che la sentenza del tribunale che aveva ordinato la esecuzione del contratto non aveva prodotto alcuna giudiziale ipoteca (*), ed applicò in conseguenza l'articolo 2209 del Codice civile, il quale, come si è veduto, proibisce di estendere la espropriazione ai beni non ipotecati: e la decisione della Corte d'appello di Parigi ritenne non dovuto in un giudizio il grado con la data della ipoteca generale ad un creditore già collocato in forza di privilegio speciale, e così disinteressato a valersi del grado che a lui era dovuto in forza della generale ipoteca.

1867. Queste osservazioni confermano pertanto la utilità somma che i creditori possono avere col provvedere al loro interesse nel modo tracciato

(*) Ved. sopra §. 1841. SALGAD. *Labyrinth. credit. part. 2. cap. 5. num. 4. et 5.* ZANCH. *De praelat. credit. exercit. 4. §. 5. num. 29.*

(*) Vedi contro questa decisione le già citate della Corte di Cassazione del 29 aprile 1823 e 20 aprile 1825.

dalla pratica forense, mentre senza il danno di conservare sopra gli altri beni del debitore la infelice condizione di creditori chirografarj possono investire la universalità dei di lui beni senza farsi carico della prova della insufficienza dei beni specialmente ipotecati, rifondendo così nel debitore la prova contraria, vale a dire la giustificazione della sufficienza di alcuni determinati beni nel caso in cui voglia domandare la restrizione della vendita intentata dal creditore.

1868. A seconda del romano Diritto sarebbe stato da aggiungere alle sei principali obbligazioni del debitore delle quali ho fino ad ora trattato, quella di permettere al creditore di ritenere a sua volontà il possesso delle cose date in pegno ed obbligate, potendo questi sodisfarsi del suo credito con i loro frutti anzichè con la vendita delle medesime, per cui se ne traeva la regola che il debitore mancava di diritto di costringere il creditore a procedere all'alienazione dei beni ipotecati « *Invitum enim creditorem cogi vendere « satis inhumanum est* » così la *Leg. 6. ff. De pignorat. act.*, salvo ad ottenere dal creditore la sola pazienza alla vendita delle cose a lui oppignorate nel caso in cui fosse per realizzarsi un prezzo che potesse dimettere il creditore, e dare al debitore o agli altri creditori un avanzo secondo il litterale disposto della *Leg. A divo Pio 15. §. quod si res ff. De re judicata etc.*

1869. Ciò premesso, era necessità il concedere

al debitore, 1.° che il creditore non potesse divenire all'alienazione senza aver prima reso il conto della sua amministrazione e verificato se il debito fosse o no sussistente (*); 2.° che il creditore fosse tenuto a rappresentare non solo i frutti realmente percetti, ma ancora i non percetti, o per dolo nel caso di pegno pretorio, o anco per colpa nel caso di pegno convenzionale, secondo la distinzione di cui la *Leg. 8. §. Est præterea ff. De bonis auth. jud. possid. etc.*

1870. Alla discussione di queste regole, ed alla loro applicazione sarebbe stato utile procedere esponendo l'ipotecario sistema toscano, se fosse rimasto in vigore il Regolamento di Procedura civile, il quale come ho detto obbligava il creditore ad sperimentare l'interdetto salviano avanti di domandare la vendita dei beni.

1871. Abolito il salviano, ed ogni altro rimedio portante al possesso dei beni del debitore, non più della ritenzione fondata sopra il diritto della ipoteca può farsi parola nel sistema vigente, come sarò ad osservare parlando degli effetti della ipoteca al dirimpetto dei terzi possessori.

1872. Limitata essendo ogni giuridica discussione all'esame delle citate sei obbligazioni del debitore, terminerò la presente sezione con dare il compendio dei diritti che al debitore competono, i quali formano altrettanti doveri del creditore ipo-

(*) *Leg. 1. et 5. Cod. De distract. pignor.*

tecario allora quando esso vuole esercitare l'azione ad esso competente.

1873. Nel sistema ipotecario vigente, al debitore competono i seguenti diritti.

1.° D'impedire l'esercizio dell'azione ipotecaria avanti la scadenza del debito (*).

2.° D'essere con atto preliminare intimato solennemente a pagare il suo debito, e liberare così i beni ipotecati dalla minacciata esecuzione (*).

3.° Di essere citato a tutti gli atti preparatorj degl'incanti, che sono, nelle vendite coatte, I. la domanda per le stime d'elezione dei periti; II. la esecuzione delle dette stime; III. l'approvazione delle medesime ed il contemporaneo ordine della vendita (*); e nelle vendite volontarie l'istanza di rincaro dopo la domanda di purgazione delle ipoteche (*).

4.° Di esser citato per giorno certo allorchè deve aver luogo il principio degl'incanti (*).

5.° Di esser citato sempre personalmente al-

(*) *Leg. 4. ff. De distract. pignor. Legge del 7 genajo 1838 art. 5.*

(*) *Leg. 2. Cod. De distract. pignor. Legge del 7 genajo 1838 art. 55.*

(*) *Detta Legge art. 60 e seg.* Queste nuove forme stanno in luogo di quelle che erano necessarie per la vendita dei pegni pretorj e giudiziali di cui parla il NEGUSANT. *De pignoribus part. 6. memb. 1. num. 7. et seq.*

(*) *Legge del 2 maggio 1836 art. 159.*

(*) *Legge del 7 genajo 1838 art. 100.*

l'udienza del tribunale nella quale viene domandata l'approvazione della liberazione (*).

6.° Di essere citato per la introduzione del giudizio d'ordine, e per la sua prosecuzione ed ultimazione (*).

7.° Di esser notificato delle procedure introdotte dai creditori a carico dei liberatarj inosservanti alle condizioni della vendita, ed alla sentenza del tribunale che avrà ordinato il deposito del prezzo, e della di lui esecuzione tanto volontaria quanto coatta (*).

8.° Di ottenere il consenso alla cancellazione delle iscrizioni dei creditori allorchè il loro credito è rimasto estinto (*).

(*) *Legge del 7 gennajo 1838, art. 121.*

(*) *Detta Legge art. 132. 136. 143.*

(*) *Idem, art. 157 e 159.*

(*) *Legge del 2 maggio 1838 art. 144.*



CAPITOLO II.

Degli effetti della Ipoteca contro il terzo possessore.

S O M M A R I O

- L'alienazione dei beni ipotecati fatta dal solo debitore non risolve lo ipotecho §. 1874.
- Azioni competenti al ereditore ipotecario per perseguire i beni a lui obbligati §. 1875.
- Difesa, eccezioni, e rivalse competenti al terzo possessore §. 1876.
- Cenno del disposto delle nuove leggi in materia §. 1877.
- Differenze che passano fra questo, e le leggi antiche §. 1878.
- Azione ipotecaria, e suoi estremi contro il terzo possessore §§. 1879 o 1880.
- Primo estremo; titolo esecutivo §. 1881.
- Secondo estremo; competenza della ipoteca o possesso dei beni ipotecati nel terzo §. 1882.
- Prima formalità. Citazione del debitore principale §. 1883.
- Seconda formalità. Citazione del terzo possessore §. 1884.
- Effetti dell'azione ipotecaria rapporto all'obbligazione personale del terzo possessore di rappresentare i frutti dei beni, ed a riguardo dello indennità dovute per i deterioramenti §. 1885.
- Distinzioni dei mezzi di difesa dalle eccezioni, o rivalse competenti al terzo possessore §. 1886.
- Ricerca pregiudiziale sulla qualità del terzo possessore §. 1887.
- Definizione del vero terzo possessore, o qualità che deve avere §§. 1888 e 1889.
- Rappresentanza universale del debitore senza la personale obbligazione §. 1890.
- Rappresentanza universale del debitore, o personale obbligazione del nuovo possessore §. 1891.
- Obbligazione personale del terzo possessore §. 1892.
- Benefici negati in tutti questi casi §. 1893.

Ragione del negare i benefici del terzo possessore all'erede beneficiato, e al donatario universale §. 1894.

Ragione del negare quanto sopra all'erede libero ed all'accollatario del debito §. 1895.

Limitazioni a queste regole §§. 1896. 1897. 1898. 1899. 1900.

Conferma della regola fondamentale per escludere o ammettere il terzo alle difese, alle eccezioni, e alle rivalse §§. 1901 e 1902.

Distinzione dei casi in cui l'une e l'altre si verificavano per Diritto romano §. 1903.

Necessità di trattare delle difese, delle eccezioni e delle rivalse, suddividendo il presente capitolo in nove sezioni §. 1904.

1874. Alla regola costante, ed invariabile di non potere il debitore ad ipoteca costituita rendere deteriore la condizione del creditore, donando, vendendo, permutando, ed in qualunque modo disponendo dei beni ipotecati (*) le Leggi romane unirono l'altra per cui si ritiene che i beni stessi nel caso di alienazione passano nel terzo con la sua causa, e così con l'onere della ipoteca infissa prima dell'alienazione (*).

1875. Senza il bisogno di annullare gli atti di alienazione, e così senza il necessario ricorso all'azione Pauliana della quale devono giovare i creditori chirografari, i creditori ipotecari poterono sempre, o per mezzo dell'azione ipotecaria, o con l'interdetto salviano perseguire i beni ipotecati da qualunque persona posseduti.

(*) Leg. 15. Cod. De pignoribus et hypoth.

(*) Ved. tom. II. §. 875.

1876. Il terzo possessore molestato con la competente azione dovè per necessità, e per diritto valersi di qualche mezzo di difesa, e delle eccezioni dirette a sospendere, o ad escludere l'azione ipotecaria.

1877. Le nuove Leggi non hanno fatto, nei rapporti dei quali parlo, variazioni assolute al sistema delle Leggi romane avendo soltanto modificato l'esercizio dell'azione ipotecaria atteso il limitato effetto della ipoteca, che attualmente è a questa attribuito, come anderò dimostrando nel notare le differenze che passano fra le antiche, e le nuove leggi.

1878. Differiscono le nuove leggi da quelle in quanto che il creditore, il quale perseguitava i beni ipotecati poteva di questi apprendere il possesso e percipere i frutti, mentre per le nuove la ipoteca non dà altro diritto se non quello di far vendere i beni, e di ottenere la soddisfazione del proprio credito col prezzo da questi realizzato, non alterando l'aggiudicazione in natura dei beni ipotecati nel difetto di oblatore, come fu già avvertito, l'effetto limitato attribuito dalle nuove leggi alla ipoteca. Differiscono similmente quanto ad uno dei più notabili rimedj per mezzo del quale l'azione ipotecaria da persecutoria in eccezione si trasformava per l'effetto di ritenere il possesso dei beni. Queste sono le principali differenze che esistono fra l'antico, e il nuovo sistema; le altre differenze consequenziali a quelle fondamentali di

ciaschedun sistema saranno più opportunamente notate secondo l'ordine di trattazione dei mezzi di difesa, e delle eccezioni che mi sono prefisso di dimostrare.

1879. Per discutere con ordine questa materia è d'uopo incominciare *dall'azione*, in quanto che con questa si domandano al terzo possessore i beni, e per mezzo dell'eccezioni esso ne difende il possesso.

1880. Il creditore ipotecario che intende di molestare il terzo possessore è tenuto, 1.° a giustificare la esistenza a di lui favore di un credito liquido, e scaduto con l'allegazione del titolo esecutorio in forza del quale vuole esso procedere; 2.° a giustificare la competenza della ipoteca sopra i beni posseduti dal terzo possessore in debito tempo conservata; 3.° a trasmettere al debitore principale una intimazione contenente l'assegnazione del termine a pagare il debito con la indicazione dei beni ipotecati che si vogliono da lui perseguire; 3.° a notificare questa medesima intimazione al terzo possessore con eguale assegnazione del termine di giorni trenta a pagare il debito, o a rilasciare i beni ipotecati.

1881. Passando a dare una spiegazione delle quattro indicate regole, osservo in primo luogo che a seconda della Legge del 7 gennajo 1838 art. 1.° per potere agere ipotecariamente è necessario che esista un titolo esecutorio, dimodochè sebbene al creditore possa competere il privilegio,

o la ipoteca, risultando il credito da atto privato non avente i requisiti prescritti dalla legge per meritare la esecuzione parata alla pari del pubblico istrumento, (lo che può bene accadere in ragione di qualche privilegio ^(*)) ed ancora nel caso della dote ^(*), non potrà esso promuovere l'azione ipotecaria se prima non avrà fatto almeno contro il debitore principale canonizzare il suo credito per mezzo di sentenza.

1882. Relativamente al secondo estremo, vale a dire la competenza della ipoteca sopra i beni posseduti dal terzo possessore, ciascheduno intende che senza questa e senza il possesso nel terzo dei beni ipotecati *l'azione ipotecaria* non potrebbe esser posta in movimento.

1883. La citazione del *debitore principale* ha formato sempre, ed in tutti i tempi uno degli estremi sostanziali dell'azione ipotecaria, giacchè il debitore ha l'interesse primario nel giudizio sì perchè si tratta di domandare la esecuzione delle sue obbligazioni, sì perchè il creditore agendo ipotecariamente contro i terzi possessori lo espone all'onere di riparare le evizioni, per la qual cosa le leggi di tutti i tempi sono su questo estremo concordi ⁽³⁾.

(¹) *Ved. tom. I. §§. 654 e 655.*

(²) *Ved. tom. II. §. 1008. e seg.*

(³) Serve, al bisogno, di comparare fra loro la *Leg. 10. Debitores Cod. De pignoribus et hypothecis*, l'art. 2169 del Codice civile dei Francesi, l'art. 856 del Regolamento di

1884. La notificazione al terzo possessore della intimazione, con la quale si promuove l'azione, è prescritta (¹) per il bisogno naturale di citare al giudizio qualunque persona la quale sebbene non debitrice si vuole spogliare del comodo, e del possesso di una cosa: la facoltà che si dà in questo atto al terzo possessore di pagare il debito assistito dalla ipoteca, o di rilasciare il fondo obbligato è l'effetto della mancanza assoluta in esso di ogni obbligazione personale venendo citato al giudizio solo perchè ritiene le cose ipotecate, per cui col rilascio delle medesime viene a mancare la ragione della di lui personale citazione nella causa promossa dal creditore, la quale dopo la intimazione di cui ho parlato prosegue con le forme delle quali anderò parlando allorchè tratterò delle procedure ipotecarie.

1885. Il proprio, e vero terzo possessore, che colla rappresentanza dei beni ipotecati da ogni responsabilità si affranca, era per le Leggi romane tenuto a rappresentare i frutti dei beni da lui percetti dal dì della lite introdotta (²). Le nuo-

Procedura civile posto in vigore in Toscana nel 15 novembre 1814, l'art. 122 della Legge ipotecaria del 2 maggio 1836, e gli articoli 55. 57. 60. 68. 80. e 100 della Legge del 7 gennajo 1838.

(¹) *Ved. art. 122. della Legge del 2 maggio 1836, l'art. 57 della Legge del 7 gennajo 1838, e gli altri citati nella nota precedente.*

(²) *Leg. Si fundus 16. §. Interdum ff. De pignoribus.*

ve Leggi ipotecarie hanno confermato questa stessa regola, alla condizione per altro secondo il Codice civile che il giudizio di espropriazione sia dentro tre anni proseguito (¹), termine che la nuova Legge ipotecaria toscana ha limitato ad un solo anno (²). Oltre a ciò le nuove Leggi hanno sottoposto il terzo possessore il quale soffre la espropriazione o procede al rilascio dei beni a indennizzare i creditori ipotecarij che lo evincono per tutte le deteriorazioni dei beni ad esso imputabili, escludendo così le casuali, senza distinguere, come il Pothier suggeriva, le anteriori all'introduzione della lite, e lo stato di scienza, o d'ignoranza dei crediti ipotecarij in cui il terzo poteva essere all'epoca in cui alle deteriorazioni fu proceduto, come sarebbe, demolendo le fabbriche, o in altro modo facendo cambiare colposamente lo stato dei beni (³).

1886. Dopo avere acquistata la idea dell'azione ipotecaria, dei suoi estremi, e dei suoi effetti allor-

(¹) Art. 2176.

(²) Legge del 2 maggio 1836 art. 129. « Il terzo possessore è obbligato a corrispondere i frutti dei beni dal giorno della intimazione giudiziale al pagamento. Quando l'istanza fosse restata abbandonata per lo spazio di un anno cessa a di lui carico il debito dei frutti, nè ricomincia che dal giorno in cui venga rinnovata la intimazione ».

(³) Codice civile art. 2175. DUFOUR *Comment. dict. art. vers. Suivant Pothier.* BOILEUX *Comment. dict. art. vers. Soit que le détenteur.* TROPLONG *Comment. num.* 830. 831. 832. 833. 834. Legge del 2 maggio 1836 art. 128.

chè è proposta contro il terzo possessore, è necessario conoscere come esso può in qualche modo respingere o liberarsi da tale azione; ed imprendendo a dimostrarlo distinguo, come si deve (*), la sola difesa dalle eccezioni, e le difese e le eccezioni dai diritti di rivalsa, poichè il terzo possessore senza combattere l'azione dei creditori può porsi al coperto delle medesime, e trovare altronde la difesa sua con impugnare il credito, e i titoli dei creditori, può impegnarsi a negare la competenza dell'azione, o a sostenerla distrutta, ed in questo senso assumendo la veste di reo convenuto spiega formalmente le sue eccezioni, o può domandare contro il suo autore le rivalse di ragione competenti, ed in questo caso si fa attore per la sua rilevazione.

1887. Avanti però di scendere alla esposizione delle questioni che possono incontrarsi in questi diversi stati, nei quali può il terzo possessore ritrovarsi, e distinguere così i mezzi di difesa, le eccezioni, e i diritti di rivalsa, conviene che s'instituisca la ricerca pregiudiziale a qualunque discussione, che gli Scrittori in materia vanno mille volte ripetendo, intendo dire quale sia *il vero terzo possessore* del quale parlano le leggi in proposito.

1888. Il terzo possessore contro il quale si pro-

(*) ROBERTI *Trattato delle azioni e delle eccezioni*, part. 2. capit. 1. sez. 1. vers. Intanto ogni eccezione ec.

cede ipotecariamente è quello il quale con titolo capace di trasferire il dominio possiede i beni ipotecati, ed è perseguitato con la semplice azione ipotecaria stante che non ha la universale rappresentanza del debitore, o non ha assunta alcuna personale obbligazione per la soddisfazione dei debiti del suo autore (*).

1889. Possono verificarsi tanto unitamente, quanto separatamente le due qualità stabilite di sopra per escludere dal citabile in giudizio la qualità di proprio e vero terzo possessore nel senso limitato dell'azione ipotecaria.

1890. Si verifica la qualità separata della rappresentanza universale senza la personale obbligazione nell'*erede beneficiato*, e nel *donatario universale* il quale sebbene sia un erede anomalo del donante quando è in grado di render conto del subietto donato gode dei vantaggi dell'*erede beneficiato* (*).

1891. Si verifica il cupulato concorso della rappresentanza universale, e della personale obbligazione, 1.^o nell'*erede libero* il quale per il fatto dell'adizione contrae la obbligazione personale di soddisfare anco col suo patrimonio tutti i creditori ereditarij, ed i legatarj; 2.^o nel *donatario*

(*) CARLEVAL. *De judiciis tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 11. num. 1. vers. Tertium possessorem vocamus.*

(*) Vedasi la normale decisione del supremo Consiglio di Giustizia nella causa Walzer e Berci-Battaglia, riferita fra le inedite del *Foro Toscano tom. 2. dec. 11.*

universale, il quale non essendo in grado di render conto del subietto donato come successore universale, ha in tal modo assunto la obbligazione personale del suo autore.

1892. Si verifica la seconda qualità soltanto, vale a dire l'obbligazione personale contratta dal terzo possessore alla dimissione del debito del suo autore, nel caso in cui il nuovo acquirente abbia ancora per mezzo di *accollo semplice* assunto l'onere di saldare un determinato creditore (*).

1893. In tutti questi casi non può parlarsi di offerta del valore dei beni ipotecati, della escusione di altri beni, della insussistenza della ipoteca, e di altre simili eccezioni che anderò in seguito enumerando.

1894. Esiste la ragione del negare all'erede beneficiato, e al donatario universale che sia a detto erede parificabile i vantaggi del terzo possessore, poichè è indubitato che l'uno e l'altro possono spogliarsi della loro qualità rendendo esatto conto, rilasciando tutti i beni ereditarij, e donati, fatta eseguire la nomina di un curatore e citati tutti i creditori, ma cessa in loro per le espresse formalità la rappresentanza universale, e il possesso dei beni ereditarij e donati, per la qual cosa sebbene non possano dirsi personalmente tenuti al debito, pure non ostante non possono assumere la veste di terzi possessori perchè perdono

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 1. dec. 20. 34. e 37.*

la rappresentanza del debitore, e il possesso dei beni nello stesso tempo.

1895. Esiste la ragione del negare all'erede libero, e al donatario universale che non è in grado di render conto, e all'accollatario del debito alieno sebbene successore a titolo singolare i benefizi, e riguardi dovuti al terzo possessore, perchè in tutti concorre la obbligazione personale. Contro questi, al dire del Pothier (*), si esercita l'azione ipotecaria unita all'azione personale, per la quale sono tenuti con tutti i loro beni alla soddisfazione del debito che si domanda.

1896. Convien peraltro dopo queste regole generali far menzione delle limitazioni le quali si verificano, 1.° nel caso di più eredi istituiti, o di donazione universale fatta a più persone; 2.° nel caso in cui avvenga la risoluzione dell'accollo.

1897. Nel caso della istituzione di più eredi avviene fra questi la divisione di diritto delle azioni attive e passive del defunto, e ciascheduno erede è tenuto personalmente alla quota virile del debito; per esempio se sono tre gli eredi ciascheduno è tenuto al terzo dei debiti del defunto tanto ipotecarj, quanto chirografarj (*).

1898. Tutti gli eredi sono per altro ipotecariamente tenuti al solido del debito (3), per la qual

(*) *De l'Hypothèque chap. 2. sect. 2. §. 1. — de l'action personnelle hypothécaire.*

(*) *Leg. 1. Cod. Si unus ex pluribus hæredibus.*

(*) *Leg. 2. Cod. eodem. Leg. 16. Cod. De distract. pign. Leg. si necessarius 8. §. si unus ff. De pignorat. act.*

cosa uno degli eredi possedendo il fondo ipotecato può solo essere convenuto in giudizio in ragione del possesso del fondo ipotecato; e sebbene non manchi chi sostenga che si verifichi nel concreto una specie di riconcentrazione di rappresentanza universale del defunto (*), tutti peraltro concordano che uno degli eredi a riguardo della quota dell'altro si considera come un estraneo, e come un proprio e vero terzo esposto al pagamento del solido in ragione dell'azione ipotecaria (*), per la quale sono al solido tenuti non solo tutti gli eredi, ma ancora tutti i successori a titolo singolare se invece di rilasciare i beni vogliono ritenerli.

1899. L'istesso deve stabilirsi in termini di donazione in quanto che si considerano tante le donazioni quante le persone che sono onorate dal donante, per cui gli oneri fra loro si dividono di diritto (³), ed un donatario sulla quota dell'altro si considera affatto estraneo.

1900. Nel secondo caso, vale a dire della risoluzione dell'accollo la quale può verificarsi o per l'inadempimento delle condizioni sotto le quali fu l'accollo posto in essere, o per la evizione che il terzo possessore è esposto a soffrire, la obbliga-

(*) MERLIN. *De pignoribus lib. 5. tit. 2. quæst. 69. num. 21.*

(*) Idem, *lib. 2. tit. 1. quæst. 15. num. 53. et seq.*

(³) *Rot. Rom. cor. Merlin. dec. 404. num. 7, cor. Lancetta dec. 898. num. 12, cor. Moliues dec. 812. num. 6.*

zione sua personale viene a mancare (¹), ed allora resta in diritto o di fare dei beni ipotecati il rilascio, o di offrirne il valore, e in fine resta reintegrato nei diritti del terzo possessore non obbligato personalmente al debito.

1901. Le limitazioni proposte per il noto principio che la eccezione conferma la regola nei casi non eccettuati portano a stabilire per regola fondamentale ed inconcussa, che la rappresentanza universale del debitore e la personale obbligazione del nuovo possessore sono i due ostacoli insormontabili, che possono unitamente o separatamente concorrere, perchè il terzo possessore non sia ascoltato nelle sue difese, e nelle sue eccezioni.

1902. Determinata nel possessore dei beni ipotecati la qualità di quel terzo non avente rappresentanza del debitore principale o obbligazione personale alla soddisfazione del debito, nei quali casi allora militerebbero le osservazioni fatte nel precedente capitolo, si può scendere all'esame delle difese, delle eccezioni, e delle azioni che possono da lui proporsi.

1903. Nel sistema delle leggi antiche il terzo possessore difendeva il suo possesso 1.º domandando la ritenzione dei beni in ragione di un credito anteriore da lui dimesso, per il quale il debitore aveva fatta la vendita volontariamente o

(¹) *Tesoro del Foro Toscano* tom. 16. dec. 15, tom. 35. dec. 55.

coattivamente l'aveva sopportata; 2.° offrendo il valore delle cose ipotecate, che a lui si domandavano; 3.° opponendo il beneficio della escussione del debitore; 4.° impugnando la verità, e sussistenza del credito, e della ipoteca del creditore; e si verificava la di lui renunzia alla lite con il rilascio dei beni, nel qual caso come ancora ad evizione detetta si permetteva di agere per la sua rilevazione.

1904. Le nuove Leggi non si oppongono che con quest'ordine si tratti della difesa, dell'eccezioni, e delle azioni di rivalsa competenti al terzo possessore; ma le varie questioni che in tutte queste diverse posizioni si presentano all'esame dello studioso della scienza rendono necessaria la suddivisione di questo capitolo in altrettante sezioni quanti sono gli articoli, 1.° della ritenzione dei beni; 2.° della offerta del valore dei beni ipotecati; 3.° della escussione di altri beni; 4.° dell'eccezioni sulla insussistenza del credito, e delle obbligazioni; 5.° delle eccezioni dirette ad impugnare la sussistenza della ipoteca; 6.° della eccezione della garanzia; 7.° della eccezione della cessione delle ragioni; 8.° del rilascio dei beni ipotecati; 9.° delle rivalse competenti al terzo possessore evitto.

SEZIONE PRIMA

Della ritenzione dei beni.

S O M M A R I O

Diritto di ritenzione dei beni ipotecati concesso dalle Leggi romane al creditori §. 1905.

Disposto contrario delle Leggi francesi §. 1906.

Uniformità delle Leggi toscane alle Leggi francesi §§. 1907 e 1908.

Distinzioni da farsi secondo le Leggi romane §§. 1909 e 1910.

Applicazione fatta di queste leggi a favore degli acquirenti anteriori al 1.^o maggio 1808 §. 1911.

Rimedio competente ai creditori posteriori §. 1912.

Ritenzione negata ai compratori posteriori al 1.^o maggio 1808, e ragioni che la negativa suggeriscono §§. 1913 e 1914.

Decisioni delle Corti francesi §. 1915.

Opinioni diverse degli Scrittori francesi §. 1916.

Confutazione della opinione favorevole alla ritenzione §§. 1917. 1918. 1919.

Conclusione con la quale si ammette la ritenzione per i compratori anteriori al 1.^o maggio 1808, e si nega ai compratori posteriori §. 1920.

1905. Secondo le romane Leggi la ipoteca dà diritto di prelazione al creditore non tanto per perseguire le cose ipotecate, quanto per ritenere di queste il possesso di fronte ai creditori posteriori, i quali non possono domandare dei beni ipotecati la vendita in pregiudizio del creditore anteriore se non alla condizione di offrire al medesimo l'intero suo credito (*).

(*) *Leg. 11. §. final, et Leg. 12. ff. Qui pot. in pign. habcantur.*

1906. Secondo il Diritto francese la ipoteca somministra al creditore la facoltà di perseguitare le cose ipotecate presso chiunque esistano, e procuratane l'alienazione dà il gius di prelazione sul loro prezzo di fronte ai creditori posteriori, i quali nell'esercizio dell'azione ipotecaria diretta alla vendita dei beni ipotecati non possono essere impediti dal creditore anteriore.

1907. Le massime del Diritto francese sono state adottate dalle nuove Leggi toscane in più special modo dalla Legge del 7 febbrajo 1838.

1908. Dalla diversità di queste massime dipende l'ammissione, o la rejezione del diritto della ritenzione della quale in questa sezione si tratta.

1909. A seconda delle romane Leggi facevansi le seguenti distinzioni, cioè, se l'alienazione avveniva alle istanze o con intervento del creditore anteriore, o se avveniva per il fatto volontario del solo debitore il quale avesse dato in pagamento al creditore i beni ipotecati, o avesse convenuta la erogazione del prezzo nella dimissione dei creditori aventi ipoteca sopra i beni alienati.

1910. Nel primo caso si verificava l'assoluta purgazione delle ipoteche posteriori a quelle del creditore istante (*); nel secondo per il solo fatto della dimissione del creditore anteriore sorgeva il gius di ritenere i beni acquistati a favore dell'acqui-

(*) *Leg. 1. Cod. Si antiquior creditor pignus venderit.*

rente, il quale poteva con le ragioni del creditore dimesso valersi di una giusta difesa (*).

1911. Il diritto della *giusta difesa* del terzo acquirente avente titolo anteriore al primo maggio 1808 fu sempre considerato sì puro e sì certo, che la costante pratica di giudicare dei Tribunali toscani ha rispettato, e riconosciuto, dimodotalechè senza dar debito agli antichi acquirenti di avere omesso di accendere le iscrizioni dei creditori da loro dimessi è stato stabilito, che per il solo fatto della dimissione dei creditori anteriori i detti acquirenti hanno il diritto di *ritenere* i beni acquistati al dirimpetto dei creditori posteriori, sebbene abbiano questi nei modi e tempi utili confermate ed iscritte le loro ipoteche (*).

1912. Il diritto della ritenzione conosciuto, ed ammesso dalle Leggi romane formava una sequela della ipoteca, ed a causa della utilità del grado spettante al creditore ipotecario dimesso addiveniva la ritenzione certa, ed incommutabile. Facile, e piano era il calcolo da farsi fra il nuovo creditore istante e il terzo possessore, poichè la comparazione della data del credito dimesso con il titolo del nuovo creditore troncava ogni disputa salvo, e riservato al creditore posteriore vinto nella

(*) *Leg. 3. Cod. De iis qui in priorum creditorum locum succedunt.*

(*) *Tesoro del Foro Tosc. tom. 20. dec. 13. et tom. 22. dec. 67. Corte Regia 22 giugno 1841, Annali di Giurisprudenza ann. 3. part. 2. col. 465.*

questione della ritenzione la facoltà di valersi del sussidiario rimedio del *gius offerendi*, per mezzo del quale restituito al terzo acquirente il prezzo erogato nella dimissione del creditore anteriore potevano i beni venduti restare investiti dalle azioni ipotecarie.

1913. Non è così sotto l'impero delle nuove leggi. A seconda di queste non è concesso al terzo acquirente di ottenere la ritenzione dei beni allegando, che col loro prezzo privatamente convenuto, ed omesse le formalità della purgazione ha dimesso creditori ipotecarij anteriori nelle ragioni dei quali è legalmente subingresso (').

1914. E la ragione del negare questo beneficio è evidente, bastando all'uopo l'apprezzare il seguente dilemma; o il terzo possessore intende di valersi del titolo per il quale ha avuto vita il suo acquisto, o intende valersi dei titoli dei creditori dimessi. Nel primo aspetto esso non ha titolo abile per opporre la ritenzione, se a questo non sono

(') *Tesoro del Foro Toscano* tom. 30. dec. 78. Lo stesso dovrebbe dirsi se si trattasse di dazione in pagamento di beni fatta dal debitore volontariamente al creditore quantunque anteriore, e privilegiato. *Rot. Rom. in Auximana seu Maceraten. Pecuniaria 4 julii 1828 cor. De Cursiis*. Ved. *TROPLONG Commentair. tom. 3. num. 726 bis, et tom. 4. num. 847. et seqq.* il quale, riconoscendo la inefficacia dell'atto di dazione in pagamento, dimostra la necessità di conservare le iscrizioni dei crediti, per i quali si assegnano i beni, onde possa nel caso di evizione aver luogo la utile reviviscenza dei medesimi.

intervenuti i creditori, o per gli atti della purgazione non ha riportato il loro consenso presunto; nel secondo non potrebbe tollerarsi, che l'acquirente potesse trovare nel titolo della ipoteca un diritto che al creditore originario non appartiene secondo le nuove leggi.

1915. Proposta avanti i Tribunali francesi la questione della ritenzione per parte del terzo acquirente il quale aveva erogato il prezzo suo convenzionale nella dimissione di creditori anteriori, le massime del romano Diritto furono applicate dalla Corte di Rouen con decisione del 14 dicembre 1816, la quale per altro fu annullata dalla Corte di Cassazione nel 10 febbrajo 1818 (*) elevando al grado di regola, che il diritto di perseguire i beni immobili passati in un terzo possessore concesso al creditore ipotecario è affatto indipendente dalla circostanza di fatto della utilità del grado della sua ipoteca al dirimpetto di altri crediti sebbene dal terzo possessore dimessi (*).

1916. Non ostante la chiarezza di tali principj, e l'autorità delle cose giudicate, gli Scrittori francesi disputano fra loro, se per lo meno il terzo possessore possa domandare al creditore, che lo molesta, la cauzione di fare elevare il prezzo nella

(*) *Journal du Palais* tom. 14. pag. 634.

(*) La Corte reale di Parigi, avanti la quale fu rinviata la causa, decise in conformità delle massime della suprema Corte nel dì 8 febbrajo 1819. *Journal du Palais* tom. 15. pag. 73.

vendita coatta a somma tale da non lasciare senza pagamento i crediti anteriori del terzo possessore (¹).

1917. Concordo che la Corte di Cassazione non si è occupata di decidere la questione in questo limitato aspetto, ma osservo peraltro che l'onere di dare la cauzione richiesta non potrebbe avere altra ragione se non quella di supporre persistente nel compratore il diritto di ritenzione dalle leggi romane concesso e dalle nuove leggi negato: ed aggiungo a maggior chiarezza che l'onere della cauzione per la realizzazione di un prezzo capace a soddisfare l'interesse delle due parti altro non era sotto l'antica pratica, che una modificazione del *jus offerendi* competente al creditore posteriore, al quale si concedeva ancora la facoltà di sperimentare gl'incanti con la clausula « *non remosso dal possesso il creditore anteriore, ed a condizione che le offerte superino il di lui credito* ».

1918. Abrogato il diritto alla ritenzione i mezzi ad esso equipollenti mancano di causa, e di sostegno, perchè le vigenti leggi non ammettono vincoli di sorte alcuna a carico dei creditori, meno l'onere di cautelare il rincaro dei beni nel giudizio di purgazione, e non vi è ragione di sostituire alla disposizione della legge principj diversi, che sebbene suggeriti dalla equità possono

(¹) TROPLONG *Comm.* tom. 3. num. 795 *ter*, 804 et 805.

essere talvolta capaci di sovvertire i diritti i più sacrosanti dei creditori abbastanza compromessi dal metodo della purgazione delle ipoteche introdotto dalle nuove leggi.

1919. Per dar compimento alla trattazione della materia della ritenzione devo osservare, che al terzo possessore evitto il quale abbia fatto nei beni perseguitati notabili miglioramenti la Legge ipotecaria toscana nell'art. 130 ha concesso il privilegio per la repetizione dei detti miglioramenti, ma ha negato espressamente, e con chiare lettere per questi *il gius della ritenzione* dei fondi migliorati, ed ha così saviamente fatto mancare tutte le dispute che si sono agitate sotto l'impero del Codice civile (*).

1920. Finalmente concludo che trattandosi del gius della ritenzione debba farsi distinzione fra l'acquirente dei beni anteriori al 1.^o maggio 1808, e gli acquirenti posteriori a tal'epoca e tutti quelli che avranno vita sotto l'impero delle nuove leggi, poichè a favore dei primi potrà la ritenzione concedersi a seconda del romano Diritto, ed ai secondi dovrà negarsi per la ragione che ai terzi possessori le nuove leggi concedono il diritto di purgare tutte le ipoteche con offrire il valore dei beni, come scendo subito a dimostrare.

(*) BATTUR *Des hypoth.* tom. 3. num. 491. TROPLONG *Comment.* tom. 3. num. 836. PERSIL *Comment.* art. 2175. num. 6.

SEZIONE SECONDA

Della offerta del valore dei beni ipotecati.

S O M M A R I O

- Facoltà concesse dalle Leggi romane al terzo possessore citato §. 1921.
- Dispute insorte fra gl'interpreti per ammetterlo ad offrire il valore dei beni soltanto §§. 1922 e 1923.
- Prelazione accordata ai Dottori che negavano tal facoltà §. 1924.
- Giurisprudenza antica francese su tale articolo §§. 1925 e 1926.
- Disposto delle nuove Leggi francesi §§. 1927 e 1928.
- Necessità di determinare il tempo in cui questo rimedio può essere dedotto §. 1929.
- Questioni insorte sotto la pratica francese §. 1930.
- Decisioni dei Tribunali sulla doppia intimazione voluta dai terzi possessori §. 1931.
- Decisioni delle Corti francesi sulla decadenza del terzo possessore dopo la intimazione di un solo creditore §. 1932.
- Disposto delle Leggi toscane dimostrato conforme alle massime dei Tribunali professate sulle proposte questioni §§. 1933. 1934. 1935. 1936.
- Inconveniente tutt'ora esistente per la ignoranza in cui rimangono gli altri creditori della intimazione trasmessa dal creditore che agì il primo contro il terzo §. 1937.
- Effetto della offerta del valore dei beni d'interrompere l'azione ipotecaria §. 1938.
- Caso nel quale l'azione interrotta si riprende §. 1939.
- Effetti quali produce la offerta nel caso di rincaro, e così nei rapporti dell'azione ipotecaria §. 1940.
- Necessità di stabilire le nuove obbligazioni personali del terzo quali contrae con la offerta §. 1941.
- Distinzione del valore dei beni in convenzionale o legale §. 1942.
- Questioni che s'incontrano per determinare la vera estensione del prezzo convenzionale §. 1943.

Disposto delle nuove leggi ipotecarie sopra la intelligenza da darsi al prezzo convenzionale o legale §. 1944.

Necessità di comprendere nel prezzo tutti li accolti fatti dal venditore §. 1945.

Distinzione fra l'accollo delli oneri reali dei beni che modificano la proprietà e l'accollo delli oneri semplicemente ipotecarij, o personali con li quali il venditore distribuisce una parte del prezzo §. 1946.

La offerta libera del valore dei beni risolve gli accolti della seconda specie, e il compratore è tenuto a rappresentare la totalità del valore dei beni §. 1947.

Le accessioni connaturali al valore dei beni sono gl'interessi dovuti sul prezzo dal terzo possessore §. 1948.

Distinzioni proposte dagli Scrittori francesi sulla epoca della decorrenza di questi interessi §§. 1949 e 1950.

Giurisprudenza dei Tribunali su tale articolo §. 1951.

Nuove distinzioni che si propongono per rendere completa la trattazione della questione §. 1952.

Rinvio sopra gl'interessi dovuti nel tre distinti casi di offerta approvata, di successiva aggiudicazione a favore del terzo nel caso di rincaro, o di nuova liberazione a favore di un altro §. 1953.

Per regola generale mediante l'offerta il terzo si sottopone o a pagare la somma offerta, o a permettere l'esperimento delle subaste per mezzo del rincaro §. 1954.

La regola si limita nel caso del terzo possessore il quale avendo già pagato il prezzo, o potendolo lucrare si sottopone a pagarlo di nuovo §. 1955.

Si limita pure nel caso di rincaro perchè il terzo potrà sempre impagnare la competenza della ipoteca nel creditore che propone il rincaro §. 1956.

Rinvio sulla questione della liberazione del terzo nel caso della deperizione dei beni dopo la offerta del prezzo pendente il rincaro §. 1957.

1921. Il terzo possessore investito dall'azione ipotecaria aveva per il romano Diritto la opzione,

o di pagare il debito, o di rilasciare i beni al creditore istante (*).

1922. Disputavano gl'Interpreti se invece di rilasciare i beni in natura avesse il terzo possessore potuto offrire il valore dei beni ipotecati, specialmente nella circostanza di avere esso fatto su questi notabili miglioramenti i quali, comechè fatti dal terzo e non dal debitore, non cedono a vantaggio dei di lui creditori.

1923. I sostenitori dell'offerta dicevano che niuna legge impediva, che richiamato il terzo a rilasciare il fondo ipotecato potesse offrire la giusta stima di quello (*). Negavano gli altri tal facoltà dirimpetto al creditore ipotecario, il quale perseguita i beni a lui ipotecati non per farli suoi, ma per possederli a cautela del proprio credito, e perciperne i frutti (*).

1924. La opinione degli oppositori era più coerente ai principj del romano Diritto (*), e sarebbe stata preferibile quella del Soccino, e dei suoi seguaci se l'azione ipotecaria avesse avuto in quel tempo, come lo è di presente, lo scopo limitato di ridurre a prezzo tutti i fondi per procedere

(*) *Leg. Si fundus 16. §. 3. ff. De pignoribus et hypothecis. Leg. 2. Cod. Si unus ex pluribus hæredibus etc.*

(*) MERLIN. *De pignoribus lib. 4. tit. 2. quæst. 81. n. 1.*

(*) Idem, *Loc. cit. num. 5.*

(*) NEGUSANT. *De pignorib. part. 5. mem. 4. num. 22.*
MANTIC. *De tacitis et ambiguis etc. lib. 11. tit. 31. num. 15 et 16.*

alla distribuzione del loro valore fra i creditori ipotecarj.

1925. In Francia la offerta del valore dei beni ipotecati non ebbe il fine limitato, che poteva aversi nei Tribunali d'Italia imperando il solo Diritto romano, poichè per le leggi regie di quel regno la vendita al pubblico incanto, e l'aggiudicazione riportata per decreto di giudice purgava tutte le ipoteche, e le azioni dei creditori sul prezzo dei beni venivano limitate (*). Per il fine di ottenere quello che per legge era concesso nelle vendite coatte, si credè di dare alle vendite private la stessa efficacia per mezzo dei *decreti volontarj* i quali si ottenevano con una procedura, ove il venditore volontario simulava la qualità di debitore espropriato, e si dava facoltà ad altri di fare offerte e rincari nel comodo, e nell'interesse del ceto dei creditori, per la qual cosa niun danno ad essi derivava da questa simulata procedura (*).

1926. L'Editto del mese di giugno 1771 ai decreti volontarj sostituì le lettere di ratifica, che dovevansi domandare previo il deposito dell'atto di vendita volontariamente posto in essere. Questo atto di deposito da farsi avanti il tribunale competente, era diretto ad obbligare i creditori a

(*) POSTH. *De subast. inspect.* 54. num. 33. ANTON. FAB. in suo *Cod. lib. 8. tit. 17. definit. 27. nota 2.* MERLIN *Repertoire universel, mot Crée. Décret d'immeubles.* §§. 2. 3. et 6.

(*) MERLIN. *Loc. cit.* §. 1.

render note per mezzo di opposizioni equivalenti alle moderne iscrizioni le loro ipoteche, le quali fino al deposito dell'atto di mutazione nel sistema di questo editto rimanevano occulte, ed a rincarare, se volevano, il prezzo dal debitore privatamente convenuto (*).

1927. Le Leggi repubblicane francesi dettarono nuove forme a questo metodo di purgazione ritenendone sempre il suo primitivo scopo, che è quello di rendere la vendita privata partecipe dei benefizj della vendita pubblica, o coatta.

1928. Per giungere a questo fine le nuove leggi ordinarono, 1.° che dall'acquirente privato si presentasse ai creditori l'offerta libera del valore dei beni da lui acquistati; 2.° che questa offerta con certe determinate forme ai singoli creditori iscritti si notificasse; ed all'oggetto di preservare i creditori da ogni danno dettero a questi la facoltà di rincarare il prezzo, e valore attribuito ai beni nell'offerta per non fare ad essi perdere le speranze del maggior prezzo che si crede di realizzare nelle pubbliche subaste (*).

1929. È questa la storia, e la indole del rimedio della offerta del valore dei beni perseguitati adottato dal Codice civile di quel regno e dalla nuova

(*) MERLIN *Répertoire univers.*, mot *Hypothèque*, sect. 1. §. 13.

(*) MERLIN *Lieu cit.* sect. 2. §§. 1 et 2. Ivi sono riportate le Leggi del 9 messidoro anno 3. e del dì 11 brumajo anno 7.

Legge ipotecaria toscana all'oggetto di sostituire il prezzo ai beni stessi, di parificare la vendita privata alla coatta, o di suscitare la pubblica subasta nel caso di rincaro (*). Mentre in altra sede converrà parlare di nuovo delle forme che la debbono accompagnare, e delle procedure tutte alle quali può dar luogo, è necessario qui determinare il tempo in cui potrà essere utilmente posta in essere, onde si ottenga il di lei primo effetto, che è quello d'interrompere l'azione ipotecaria cimentata dal creditore, per ottenere dal terzo possessore il rilascio dei beni ipotecati.

1930. Sotto la pratica francese sonosi su questo articolo elevate molte dispute, e fra le altre, 1.° se al terzo possessore dovessero essere fatte due intimazioni, una per purgare i beni, e l'altra a pagare il credito, o rilasciare i fondi; 2.° se anco dopo la prima intimazione fatta da qualunque creditore il terzo possessore potesse procedere alla purgazione delle ipoteche al sopravvenire di altre intimazioni ad istanza di creditori dal primo diversi.

1931. Sulla prima questione la opinione favorevole alle due intimazioni, sebbene ammessa da due decisioni della Corte Imperiale di Nimes (*), è stata per una costante consuetudine di giudicare

(*) *Codice civile dei Francesi art. 2183 e segg. Legge del 2 maggio 1836 art. 151. e segg.*

(*) Decisioni del 4 giugno 1807 e del 6 luglio 1812 descritte nel *Journal du Palais* tom. 6. pag. 128, tom. 10. pag. 549.

rigettata ('), ritenendo per regola essere il terzo possessore tenuto al primo atto introduttivo dell'azione ipotecaria di dichiarare di per sè, se intende o no di purgare i beni con offrire di questi il valore ai creditori, e tale opinione fu accolta ed ammessa dai Tribunali toscani, i quali giudicarono decaduto il terzo possessore dal beneficio della purgazione delle ipoteche permesso dalla offerta libera del prezzo convenzionale, quando a questo atto non avesse proceduto dentro un mese dal dì della domanda d'immissione in salviano, quale reputarono succeduta alla intimazione di cui predica l'art. 2169 del Codice civile dei Francesi (*).

1932. Sopra la seconda questione la Corte reale di Lione con sua decisione del 6 agosto 1818 nel tempo stesso che confermò non darsi il bisogno di due intimazioni al terzo possessore di cui sopra, ritenne per altro che la intimazione trasmessa da un altro creditore non succeduta dall'atto di

(') Così ha deciso la Corte suprema di Bruxelles nel 20 ottobre 1820 e 6 febbrajo 1823. Così decise la Corte stessa di Nimes contro le sue stesse prime decisioni nel 5 agosto 1812. Vedile nel *Journal du Palais* tom. 10. pag. 628, tom. 16. pag. 170, tom. 17. pag. 871. La Corte di Cassazione nel 18 febbrajo 1824 (Ved. nel detto *Journal* tom. 18. pag. 465) ha deciso che la intimazione fatta al terzo di purgare non essendo comandata dalla legge è un atto nullo, e inefficace anco all'effetto di farlo decadere dal beneficio della purgazione.

(*) *Tesoro del Foro Toscano* tom. 24. dec. 17. *Inedite del Foro Toscano* tom. 5. dec. 54.

pignoramento degl'immobili e della denunzia di questo ai creditori iscritti non toglie la facoltà al terzo possessore, sebbene decaduto di fronte al primo creditore istante, di purgare i beni una volta che sia da altri molestato. Intentato contro la detta decisione il ricorso, la Corte suprema nel 30 luglio 1822 ha cassato la sentenza, esprimendo nei motivi della decisione, che il termine di rigore per il terzo possessore si verifica appena esso ha ricevuta la prima intimazione, e che essendo esso tenuto a introdurre il relativo giudizio della purgazione delle ipoteche avanti che il creditore istante debba procedere al pignoramento, e alla di lui notificazione ai creditori singoli, la Corte di Lione aveva commesso un eccesso di potere nell'esigere che la decadenza a purgare si verificasse dall'atto di pignoramento non contemplato nè previsto dall'art. 2183 del Codice civile (').

1934. In mezzo a queste dispute la Legge toscana del 2 maggio 1836 ha con l'art. 158 dichiarato che il terzo possessore è sempre nella libertà di procedere all'atto di dichiarazione e offerta di che si tratta, e dentro un mese dal dì in cui esso sia molestato. L'articolo è così concepito: « Il deposito, e dichiarazione di che nell'art. 152 « potranno farsi dal terzo acquirente in ogni tem-
« po, quando non sia stata promossa molestia con-
« tro di esso; e nel termine di giorni trenta da

(') *Journal du Palais* tom. 17. pag. 545.

« quello in cui sia molestato da alcuno dei credi-
« tori ».

1934. Sebbene nel riportato articolo non si contengano le stesse espressioni, che si leggono nella prima parte dell'art. 2183 del Codice civile, ciò non ostante sembra essere a quello surrogato pienamente in quanto si concede al terzo possessore la facoltà illimitata ad offrire in ogni tempo il valore dei beni sempre che non sia stata *promossa molestia* contro il medesimo, e si assegna il termine di un mese allorchè la molestia venga a lui arrecata da alcuno dei creditori.

1935. Premesse tali considerazioni, opino che sulle due proponibili questioni si debba applicare lo stato della precedente giurisprudenza ritenendo la decadenza del terzo possessore dal beneficio della offerta del valore dei beni perseguitati, se esso non si determina a tal procedimento dentro un mese dal dì della prima intimazione, la quale anco nel sistema delle nuove leggi deve essere unica, e sola, non conoscendosi vera intimazione onde costringere il terzo possessore a fare la purgazione, che quella la quale a lui minaccia lo spoglio.

1936. All'applicazione di queste regole, e così alla esclusione della doppia intimazione, ed alla decadenza del terzo possessore dopo il mese dal dì della prima interpellazione si presta la Legge del 7 gennajo 1838, la quale conosce una sola intimazione preliminare alla propria e vera intro-

duzione del giudizio della vendita coatta equivalente alla espropriazione forzata dei Francesi, e ciò è tanto vero, che l'art. 58 di detta legge dopo la prima ed unica intimazione ammette il terzo possessore a domandare nei casi, e nei termini di che nell'art. 123 della Legge ipotecaria la sospensione dalle molestie, rammentando in fine ad esso l'accordato favore del beneficio della purgazione delle ipoteche *ai termini della detta legge*, lo che porta a ripetere le condizioni e i modi in quella prescritti.

1937. È esistito sempre, ed esisterà fino ai nuovi provvedimenti l'inconveniente, che i creditori ipotecarj non potranno avere mai certa, e legale notizia della esistenza della prima intimazione fatta al terzo possessore, e così la decadenza dal beneficio della purgazione non formerà mai una pena comune, e generale a tutti i terzi possessori, ma solo a carico di quelli che non potranno occultare le prime molestie; per cui la decisione della Corte reale di Lione non sarebbe stata rigettabile del tutto allorchè trattavasi del *nuovo gius costituendo*, o per stabilire almeno la formalità, la quale accerti la legale pubblicità della prima intimazione, o per misurare i diritti dei creditori dal dì in cui sono resi scienti della procedura iniziata contro il terzo possessore.

1938. La offerta adunque del valore dei beni ipotecati eseguita nei modi legittimi, e nel termine dalla legge prescritto porta di natura sua la sosti-

tuzione del prezzo offerto ai beni ipotecati, ed interrompe l'azione ipotecaria, la quale non può essere ripresa se non nel caso in cui il terzo, dopo che la sua offerta è addivenuta irretrattabile, non eseguisca l'effettivo sborso del prezzo.

1939. E l'azione ipotecaria si riprende con le forme ordinarie, esclusi peraltro i riguardi e benefizj al terzo possessore concessi (*) al limitato effetto del pagamento della somma offerta, perchè la domanda di purgazione non succeduta dal rincaro rende per il consenso dei creditori irretrattabile il prezzo, limita per così dire le ipoteche fino alla concorrente quantità del prezzo medesimo, ma non fa cambiar natura in altri rapporti alla vendita privata (*).

1940. Avviene la variazione assoluta della vendita privata, poichè in pubblica si trasforma, allorchè alcuno dei creditori nei termini e modi dalla legge prescritti propone il rincaro, dietro il quale i beni privatamente venduti si espongono all'asta: in questo caso l'offerta del terzo possessore avendo risvegliata la successiva offerta di rincaro anzichè interrompere l'azione ipo-

(*) Vale a dire, non può il terzo opporre il beneficio della escussione, nè può rilasciare i beni trovandosi obbligato personalmente per la sua offerta. *GRENIER Des hypothèques tom. 2. num. 458. TROPLONG Comm. tom. 4. num. 931.*

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 19. dec. 28, tom. 53. dec. 29. Corte Regia 26 maggio 1840. Annali di Giurispr. ann. 2. part. 2. col. 468.*

tecaria sollecita lo spoglio del terzo possessore, il quale è tenuto a licitare al pubblico incanto se vuol conservarsi nel possesso del fondo; ed è per questo naturale e conseguente che la nuova aggiudicazione debba ritenersi per pubblica, e la procedura più spedita per obbligare l'acquirente a rappresentare il prezzo possa instituirsi come se per mezzo dell'azione ipotecaria si fosse sino da principio operato lo spoglio del terzo possessore, ed avvenuta la distruzione del suo primo titolo privato si fosse proceduto nelle forme ordinarie alla pubblica vendita dei beni perseguitati (*).

1941. Stabilito il termine dentro il quale può farsi l'offerta, riconosciuto il suo primo effetto che è quello d'interrompere la procedura ipotecaria, ed osservato qual sia il fine, che il terzo possessore intende di ottenere, conviene che si determini cosa si abbia per compreso nella offerta del valore dei beni, per conoscere le nuove obbligazioni personali, che dal terzo possessore con questa offerta si assumono.

1942. Il valore dei beni può essere convenzionale, o legale: si dice convenzionale quello che appare convenuto nell'atto traslativo della proprietà fra il debitore alienante, e il nuovo acquirente; si dice legale quello del quale possono i

(*) *Corte Regia* 7 agosto 1840 e 13 settembre 1842. *Annali di Giurispr.* ann. 2. part. 2. col. 662. ann. 4. part. 2. col. 860.

beni essere suscettibili, e che non è stato determinato, e non può determinarsi dall'atto di traslazione della proprietà.

1943. Occorre determinare cosa s'intende per prezzo convenzionale, giacchè potrebbe bene essere, che nell'atto di mutazione si trovasse questo prezzo da tali, e tante detrazioni diminuito, che alla fine poco o nulla rimanesse a favore dei creditori, e s'intendesse di tenerli per obbligati a rispettare le detrazioni convenute col debitore alienante, per le quali possa darsi una elasticità male intesa all'offerta del valore dei beni, avendo in pratica osservato, che è stato qualche volta opinato di voler limitare il pagamento non al vero valore dei beni, ma al prezzo ridotto dalle detrazioni, quasichè i creditori fossero tenuti a contraddire in un termine alle convenzioni fatte fra i due contraenti.

1944. Il Codice civile dei Francesi nell'articolo 2183 esige la notificazione dell'estratto del titolo di mutazione, *con la indicazione del prezzo, e dei carichi formanti parte del medesimo*, e questa indicazione nel caso di atto non contenente prezzo convenuto deve essere sostituita dalla valutazione dei beni, che far deve l'alienatario. La Legge ipotecaria toscana dispone nell'art. 154 che l'estratto dell'atto di mutazione deve contenere la indicazione del *prezzo stipulato, e degli oneri che ne formano parte; ed allorchè per la natura dell'atto non possa esprimersi il prezzo stipulato,*

il valore dei beni donati, o legati, risultante da una perizia giudiziale.

1945. Se la indicazione del valore convenzionale deve equivalere in tutto e per tutto alla indicazione del valore legale, è conseguente il ritenere, che nel prezzo convenzionale deve intendersi compresa la quantità di denaro effettivo, che il compratore paga, o promette di pagare al venditore, o di erogare per di lui interesse nel soddisfare le passività, e prestazioni dallo stesso venditore indicate nell'atto di alienazione.

1946. Per procedere con chiarezza in quest'articolo di discettabile, è necessario distinguere gli oneri reali che gravano i beni, come sono le imposizioni, collette, e gli annui canoni livellarj posanti sopra i beni contrattati, dei quali in sostanza segue l'alienazione nei rapporti del solo dominio utile, dagli accolli fatti per censi, e prestazioni, con i quali nella sostanza si distrae una parte di prezzo: per i primi stanno ferme le convenzioni fatte nell'atto privato di alienazione, per la ragione che gli oneri di questa specie sono altrettante modificazioni del diritto di proprietà che si cede; ma per i secondi la convenzione fatta dall'alienante si risolve, perchè tuttociò che è valore di beni è rappresentabile al ceto dei creditori, e con la offerta si risolvono tutti i patti convenuti fra l'alienante e l'alienatario relativi alla distribuzione e pagamento del valore dei beni, dovendo procedersi nel modo stesso che si pratica nelle

vendite coatte, alle quali vuolsi parificare l'alienazione privata.

1947. Per queste ragioni l'accollo fatto dall'alienante del pagamento di annui censi, di prestazioni vitalizie, e simili, con il quale il valore dei beni nella sostanza era stato convenzionalmente distribuito, si ha per risoluto; i creditori accollati debbono concorrere con gli altri, e il compratore non può allegare la semplicità dell'accollo, per godere delle dilazioni competenti al debitore, e sospendere così la rappresentazione di una parte del prezzo dei beni, come fu deciso dalla Corte imperiale di Liegi nel 18 aprile 1806 (*).

1948. Resta ora che si tratti delle accessioni, che possono dirsi far parte del valore dei beni, e queste sono gl'interessi dovuti sul prezzo dal terzo possessore, a riguardo dei quali non sono concordi le opinioni degli Scrittori francesi.

1949. Il Grenier (*) è d'opinione doversi distinguere il caso, in cui al terzo possessore sia stata trasmessa la intimazione a pagare o rilasciare i beni, dall'altro in cui esso procede volontariamente ad offrire il loro valore, in altri termini alla purgazione delle ipoteche, e sostiene che nel primo caso il terzo possessore deve i frutti sul prezzo dal dì della giudiziale intimazione, e che nel secondo il terzo possessore li deve ai creditori

(*) *Ved. Journal du Palais tom. 5. pag. 290.*

(*) *Des hypoth. tom. 1. num. 142. et tom. 2. n. 444.*

da quello della offerta, e se il compratore non ha mai pagato il prezzo, i frutti arretrati non s'immobilizzano col medesimo, ma sono dovuti al venditore, ed in ogni caso alla massa dei creditori chirografarj.

1950. Il Troplong (*) confutando il Grenier distingue il compratore, che non ha mai pagato il prezzo da quello che pagò il prezzo imprudentemente, e si sottopone ad un reiterato pagamento con la nuova offerta. Nel primo caso esso crede che i frutti formino una accessione del prezzo, che deve distribuirsi ai creditori ipotecarj, quali dice al venditore surrogati: nel secondo caso approva le distinzioni del Grenier per riportare alla intimazione preliminare o all'epoca della domanda di purgazione l'onere del pagamento degl'interessi.

1951. I Tribunali toscani (**) hanno seguito la distinzione del Grenier nella parte non contraddetta dal Troplong al solo oggetto di limitare l'onere del terzo possessore di rappresentare gl'interessi in una delle due indicate epoche, cioè della intimazione preliminare, o della domanda di purgazione spontanea per la parte del terzo possessore, ma non si riscontra decisa la questione per l'oggetto di assegnare i frutti arretrati estanti

(*) *Comment. tom. 4. num. 929.*

(**) *Corte Regia 3 settembre 1841 e 3 febbrajo 1842. Annali di Giurisprudenza ann. 3. part. 2. col. 670. ann. 4. part. 2. col. 21.*

(come la pensa il Grenier) al debitore, o alla massa dei suoi creditori chirografarj.

1952. Io credo che debba prevalere la opinione del Troplong nel solo caso in cui i frutti del prezzo estante siano ancora essi all'epoca della offerta del valore dei beni tuttora dovuti dal terzo possessore, perchè nel modo stesso in cui i creditori immobilizzano i frutti estanti, e pendenti dei beni a loro ipotecati, hanno essi il diritto di non separare dal prezzo offerto le sue accessioni, che sono i frutti non pagati, i quali tengono luogo dei frutti naturali dei beni. Se poi l'acquirente avrà i frutti decorsi sul prezzo pagato liberamente al debitore nella inesistenza di giudiziale intimazione per la parte dei creditori, si dovrà rispettare questo pagamento per la ragione, che al debitore era dato di ricevere, e disporre dei frutti del prezzo nel modo stesso, che poteva disporre dei frutti ricavati dai beni, ed i creditori ipotecarj non avranno diritto di costringere il terzo possessore a rappresentare ciò che non fa più accessione del prezzo, nè può dirsi con questo immobilizzato.

1953. Nel caso in cui avvenga il rincaro, i frutti sul primo prezzo fanno debito al terzo possessore, fino a che non rilascia i beni al nuovo aggiudicatario; questi si estendono all'aumento del prezzo dal dì della nuova liberazione se esso licitando addiviene il liberatario definitivo, e fanno debito sul totale del prezzo realizzato nelle subaste al nuovo liberatario, come anderò dimostrando al-

lorchè tratterò delle procedure ipotecarie, fra le quali è da annoverarsi il nuovo metodo della purgazione delle ipoteche, del quale conviene talvolta far parola come causa d'interruzione della azione ipotecaria, talvolta come uno dei modi di estinzione dei privilegi, e delle ipoteche.

1954. Abbiamo già osservato, che mediante la offerta libera del valore dei beni, il terzo possessore assume la obbligazione di eseguire la offerta stessa con il libero pagamento del prezzo, come pure sollecita in certo modo la propria evizione, ponendo i creditori nel diritto di domandare l'incanto dei beni, talchè per regola generale viene ritenuto che non può recusarsi dall'adempiere la prima obbligazione ('), nè dal permettere la subasta dei beni alla quale deve dopo il rincaro procedersi (*).

1955. Io concordo la regola, ma non ammetto che sia in tutti i casi applicabile, poichè non sempre accade che la offerta del valore dei beni si fa dall'acquirente di un fondo, il quale non ha pagato ad alcuno il prezzo: in questo caso esso deve essere indifferente, ossia che il prezzo sia distribuito a tale, o tale altro creditore, ossia che il prezzo, tolti i vincoli ipotecarj, o data la contumacia dei creditori, possa pagarsi liberamente al venditore; ma se si tratta di terzo possessore, il

(') *PERSIL Comment. art. 2184. num. 12.*

(*) *TROPLONG Comment. tom. 4. num. 931 bis.*

quale coattivamente procede alla nuova offerta del prezzo, che già pagò in mano del venditore, o di terzo che non esistendo i creditori poteva godere dei beni senz'alcun disborso, come nel caso di donazione, o di legato, la regola non può procedere; cosicchè ad offerta fatta, potrà nel giudizio di distribuzione contendere sulla sussistenza del credito e della ipoteca, sostenendo non dovuto alcun grado ai creditori, che si presentino per esigere il prezzo da lui offerto, giacchè la offerta non è diretta a riconoscere la sussistenza, e verità dei crediti, e delle ipoteche iscritte.

1956. L'istesso deve dirsi rapporto al rincaro, ossia alla subasta dei beni, resa da questo necessaria, senza portare in campo la distinzione fra l'acquirente il quale ha, o non ha pagato il prezzo, o che poteva, o non poteva lucrarlo, perchè altro è che il terzo possessore per repellere la subasta si faccia dopo la sua offerta ad allegare il beneficio della escussione, o a impugnare la propria domanda di purgazione; altro è che esso difendendola voglia sostenere inammissibile il rincaro, sostenendo la irrecevitibilità della offerta. In questo caso si difende da una evizione che la sua domanda di purgazione ha sollecitato, ma non ha reso inevitabile, perchè con la offerta del valore dei beni il terzo possessore non confessa la sussistenza delle ipoteche, nè il diritto ad offrire di un creditore, e può per questo farsi luogo a discutere sulla irrecevitibilità del rincaro, sebbene fatto nel

termine, e con tutte le forme dalla legge prescritte per la insussistenza della ipoteca del creditore (*).

1957. La offerta del valore dei beni induce una novazione alle obbligazioni puramente reali del terzo possessore al dirimpetto dei creditori ipotecarij con i quali esso tenta di formare in certo modo un patto tacito portante l'approvazione dell'alienazione, e la renunzia delle loro ipoteche, subitochè esso difatto eseguisca lo sborso del numerario che intende di surrogare ai beni in lui trasferiti: ma se avviene, che pendente la offerta, l'adempimento della condizione, o dopo il rincaro i beni ipotecati deperiscano, sarà lecito di porre in discussione, se il terzo sia tenuto personalmente a pagare la somma da lui offerta, e se la deperizione dei beni portando la estinzione delle ipoteche produca la liberazione del terzo possessore. Di questo articolo di questione terrò parola nel Libro successivo, trattando della estinzione delle ipoteche.

(*) Questo articolo si trova trattato diffusamente presso MERLIN *Répert. mot Surendère* §. 6, ove è riportata la decisione della Corte di Cassazione del 28 dicembre 1808, che rigettò una domanda di rincaro per la insussistenza della ipoteca nel creditore rincarante.

SEZIONE TERZA

Della eccezione della escussione.

S O M M A R I O

- Il principio della indivisibilità della ipoteca si opporrebbe ad ammettere la escussione §. 1958.
- Il rigore di questo principio è modificato dalle Leggi romane §. 1959.
- Come condizione assoluta per allegare questo beneficio si ricerca la non esistenza di alcuna obbligazione personale del terzo possessore §. 1960.
- Questione agitata a riguardo di nno tra gli eredi colpito per il solido con l'azione ipotecaria §§. 1961. 1962.
- Requisiti necessari per l'allegazione di questo beneficio ai termini del romano Diritto §. 1963.
- Disposto del Codice civile, e sua pratica interpretazione §. 1964.
- Disposto del Regolamento di Procedura toscano §. 1965.
- Simile della nuova Legge ipotecaria §. 1966.
- Simile della Legge del 7 febbrajo 1858 §. 1967.
- Regole che si adottano per applicare queste Leggi §. 1968.
- Risoluzione della questione relativa alla escussione domandata da uno degli eredi §. 1969.
- Avvertenza sopra l'onere della prova della disponibilità e sufficienza dei beni imposta dalle nuove leggi §§. 1970. 1971. 1972. 1973. 1974.
- Al creditore incombe l'onere di far prova nel caso in cui voglia esentare la ipoteca generale senza farsi carico di esentare la speciale §. 1975.

1958. Seguendo i principj rigorosi stabiliti dalle leggi sulla indivisibilità della ipoteca, il creditore non potrebbe essere repulso con la eccezione della escussione, avendo il diritto di rivol-

gersi contro i beni a lui ipotecati senza il preventivo esperimento dell'azione personale contro il debitore principale, come si ha dalla *Legge 4. Cod. de pignoribus et hypothecis*.

1959. Il rigore di questa legge fu per altro temperato nel caso in cui il creditore munito di speciale ipoteca si fosse fatto a perseguire in forza della ipoteca generale il terzo possessore per una estensiva interpretazione data alla *Legge 2. Cod. de pignoribus et hypothecis*, per la quale la ipoteca generale unita alla speciale si ritiene soltanto come sussidiaria, e similmente nel caso in cui al creditore fosse competuta la sola generale ipoteca veniva senza contradizione concesso al terzo possessore il diritto di opporre la eccezione della escussione per l'espresso disposto della *Novella 4. Cap. 1*, come altra volta fu da me osservato (*).

1960. Per l'oggetto di potere opporre questa eccezione la quale in sostanza in un beneficio si risolve, si ricercava nel terzo possessore la mancanza assoluta di personale sua obbligazione nel debito, poichè altrimenti attesa la riunione delle due azioni *personale e ipotecaria* non poteva il beneficio invocarsi.

1961. Ed in fatti allorchè si trattava di agere contro più eredi fra i quali (come è notissimo) si dividono di diritto le azioni attive e passive del

(*) *Tomo II. §§. 895 e 896.*

defunto, grave disputa elevavasi fra i Dottori; alcuni negavano all'erede perseguitato ipotecariamente il beneficio della escussione in quanto che si verificava il concorso dell'azione personale ipotecaria, altri lo concedevano per la ragione che l'erede, subito che avesse soddisfatto la quota sua particolare del debito, per le altre deve considerarsi come qualunque estraneo passibile soltanto dell'azione ipotecaria.

1962. Esaminate le ragioni dedotte dalle due parti sembrava doversi prescegliere la prima opinione nel solo caso in cui nella quota assegnata all'erede perseguitato ritrovavansi i beni ipotecati al creditore, e perciò si fosse trattato di respingere il creditore ad intentare la sola azione personale contro gli altri eredi, obbligandolo così a dividere il proprio credito (*).

1963. Onde avere una completa idea della eccezione della escussione ai termini del romano Diritto osservo, compendiando tutte le dispute, che questa eccezione doveva essere presentata prima della lite contestata, e che non poteva proporsi 1.° da chi fosse personalmente obbligato al debito reclamato; 2.° dal terzo possessore avente causa pendente la lite introdotta dal creditore contro il debitore, o altro terzo possessore; 3.° nel caso

(*) CAROCC. *De excussione. quest.* 56. *part.* 2. *num.* 4 et 5. MERLIN. *De pignoribus lib.* 5. *tit.* 2. *quest.* 69. *num.* 19. 20. 21.

d'ipoteca speciale affatto inutile per il creditore; 4.^o allorchè il debitore fosse notoriamente insolvente; 5.^o nel caso in cui si fosse dovuto agere ipotecariamente contro altri terzi possessori (*).

1964. Il Codice civile dei Francesi ritenne potersi opporre il beneficio della escussione contro il solo creditore munito d'ipoteca generale agli articoli 2170 e 2171, e la giurisprudenza pratica nel tempo in cui non obbligò il terzo possessore ad anticipare le spese per la escussione (*), escluse la proponibilità del beneficio, se i beni ipotecati non fossero facilmente perseguibili, e come si suol dire intricati e di non facile escussione (3).

1965. Il Regolamento di Procedura civile toscano, senza fare la distinzione fra la ipoteca speciale e la generale, accordava all'art. 857 al terzo possessore intimato il diritto di ottenere la sospensione delle molestie contro il proprio fondo alla condizione che dimostrasse « che il creditore « può essere soddisfatto da altri fondi rimasti nel « possesso del debitore, che non siano però intri- « gati ma di libera e non contrastabile escussio-

(*) JACOB DE ARENA *De excussione bonorum* num. 10. 18. 19. MERLIN. *De pign. lib. 4. tit. 1. quest. 21. num. 4 et 52. lib. 5. tit. 2. quest. 69. num. 18. 22.* NEGUSANT. *De pignor. part. 8. memb. 1. num. 42. 43. 44.*

(*) *Cour de Cassation* 21 marzo 1827, *Journal du Palais* tom. 21. pag. 276.

(3) PERSIL *Comment. art. 2170. num. 3.* TROPLONG *Comment. num. 801.*

« ne », oltre che nell'art. 257 aveva già concesso l'ordine retrogrado della sentenza, allorchè si trattava dell'azione ipotecaria esercitata contro il terzo possessore, il quale avesse pure esercitato nello stesso giudizio le azioni di rivalsa contro gli altri beni a lui ipotecati.

1966. La nuova Legge ipotecaria del 2 maggio 1836 ha disposto sul beneficio, del quale si tratta nell'art. 123, nei seguenti termini: « Con tutto ciò il terzo possessore non obbligato personalmente al pagamento del debito quando nel possesso del debitore siano altri beni specialmente o generalmente ipotecati per il debito stesso, e che si dimostrino di facile, e libera escussione, può ottenere che vengano sospese le molestie contro di esso. Durante la escussione di questi beni debbe sospendersi la vendita del fondo ipotecato, nè può riprendersi dal creditore fino che la escussione medesima non resulti inutile, o in tutto o in parte ».

1967. La Legge del 7 febbrajo 1838 ha dettato le altre disposizioni in materia negli articoli 58 e 59 del seguente tenore (*Art. 58*): « Il terzo possessore non ostante quanto sopra è in diritto di ottenere la sospensione delle molestie contro il fondo da lui acquistato, nei casi e nei termini espressi nell'art. 123 della legge ipotecaria, fermo stante ancora a di lui favore il beneficio della purgazione delle ipoteche ai termini della stessa legge (*Art. 59*). Qualora il terzo possessore si

« determini ad opporre l'escussione, deve nello
 « stesso suddetto termine notificare al Procura-
 « tore dell'intimante un atto nel quale siano de-
 « scritti chiaramente i beni rimasti nella libera
 « disposizione del debitore, colla dimostrazione
 « della loro sufficienza ad estinguere il suo de-
 « bito ».

1968. Dal complesso di queste disposizioni sembra doversi ritenere, di fronte alle Leggi toscane, 1.° che la escussione non sia allegabile da chi è personalmente obbligato al pagamento del debito: 2.° che sia semplicemente allegabile allorchè nel possesso del debitore restano altri beni o specialmente, o generalmente obbligati al debito per il di cui conseguimento agisce il creditore: 3.° che sia dimostrata dal terzo possessore intimato la facile e libera escussione di quei beni: 4.° che sia pure giustificata la loro sufficienza ad estinguere il debito reclamato: non ostante la chiarezza di queste leggi potranno sempre proporsi molte fra le tante questioni agitate in antico.

1969. In primo luogo resterà sempre a determinarsi se potrà invocarsi il beneficio da colui che non sia personalmente *tenuto al solido del debito*, e così unicamente per la virile, e la risposta anco in termini di più eredi sarà affermativa, sempre che sodisfatta la sua quota personale del debito l'erede perseguitato sia in grado di uniformarsi al disposto delle leggi sulla prova della disponibilità, e sufficienza degli altri beni al debito già ipotecati,

e tutt'ora posseduti dagli altri coeredi, e condebitori, e non già da altri terzi possessori, poichè la legge esige per assoluta condizione che i beni da escutersi siano nel possesso del debitore principale.

1970. Sopra la prova della disponibilità dei beni servirà che il terzo possessore giustifichi l'attuale possesso del debitore a seconda delle fedi estimali, le quali fino a prova in contrario fanno presumere essere l'impostato ad estimo nel diritto di alienare i beni che in suo conto si trovano descritti.

1971. Quanto all'onere di provare la sufficienza dei beni da escutersi per dimettere il creditore istante, non potendosi questa prova desumere dalla stima giudiziale, la quale potrebbe solo aver luogo in progresso, potrà la sufficienza determinarsi o per mezzo della cifra estimale applicando per analogia l'art. 177 della stessa legge, o producendo una perizia estragiudiziale, o le scritte di locazioni dei beni rimasti in poter del debitore, se potranno dal terzo possessore intimato ottenersi.

1972. La sufficienza dei fondi è un termine troppo astratto e generico. La insufficienza può sussistere, o in ragione del prezzo, o in ragione della esistenza di altri creditori anteriori, ed ancora per la esistenza di molte ipoteche eventuali le quali rendono insufficienti i beni estanti, o almeno difficile la esazione libera del loro prezzo.

1973. In questo rapporto occorrerà le mille

volte disputare, se il terzo possessore sia tenuto a dimostrare la sufficienza dei fondi da escutersi avuta relazione agli oneri che li aggravano, per la quale giustificazione è necessaria la produzione dei certificati comprovanti lo stato ipotecario.

1974. Io ritengo che a carico del terzo possessore la legge abbia imposto un tale onere, perchè il creditore soddisfa al suo dovere allegando il titolo del suo credito e la ipoteca debitamente conservata in forza della quale intende d'agire: spetta al terzo possessore a giustificare le condizioni tutte sotto le quali la legge concede il beneficio della escussione fondato nella sola equità, essendo incontrovertibile, che ove i beni da escutersi sono intrigati, e di difficile escussione il beneficio stesso anco sotto le nuove leggi ipotecarie è stato sempre rigettato (*).

1975. Io credo per altro che l'onere della prova della insufficienza in ogni rapporto dovrà essere refuso nel creditore che si fa attore, nel caso in cui esso o lasciando la ipoteca speciale, o esercitando questa insieme con la generale inferisca

(*) *Rot. Rom. in Centumcellarum pecuniaria 21 aprilis 1820 cor. Isoard §§. 3 et 4, in Ferrarien. pecuniaria 22 aprilis 1822 cor. Tiberi §. 4, in Casenaten. pecuniaria 16 junii 1828 cor. Patrizi §. 7, in Firmana actionis hypothecariae 25 januarii 1830 cor. Muzzarelli §. 3, in Civitatis Plebis associationis 10 junii 1831 cor. De Cursiis §. 7. Inedite del Foro Toscano tom. 5. dec. 34. num. 6. Tesoro del Foro Toscano tom. 27. dec. 48. num. 2.*

molestie al terzo possessore. In questo caso l'onere di giustificare la insufficienza della speciale ipoteca forma debito al creditore, che si fa attore in giudizio per la ragione, che l'onere di escutere i beni soggetti alla ipoteca speciale forma condizione per l'esercizio della ipoteca generale, la quale è semplicemente sussidiaria, e non può esercitarsi se non provata la insufficienza della ipoteca speciale.

SEZIONE QUARTA

*Delle eccezioni sulla insussistenza del credito
e delle obbligazioni.*

S O M M A R I O

Per l'esercizio della ipoteca deve dimostrarsi la sussistenza delle obbligazioni che è chiamata ad assistere, e così la liquidità ed esigibilità del credito §. 1976.

Il Codice civile accorda al terzo possessore i termini, e le dilazioni concesse al debitore; la Legge toscana non contiene disposizioni contrarie §. 1977.

Si enumerano le questioni che può opporre il debitore §. 1978.

S'istituisce la ricerca se il terzo possessore possa eccezionare la liquidazione di un credito fatta col debitore di cui la esistenza in genere fosse già da ipoteca assicurata §§. 1979. 1980. 1981.

Requisiti che debbono concorrere per assistere la eccezione del terzo possessore §. 1982.

Onere della prova delle eccezioni del terzo §. 1985.

Riassunto della questione §. 1984.

Questione che s'incontra nel caso della differenza fra la somma a cui ascende in realtà il credito e la somma indicata nella iscrizione, e sua risoluzione §. 1985.

Necessità di decidere la stessa questione a riguardo dell'interessi decorsi, e non conservati coo la prima iscrizione §. 1986.

Notabili diversità che esistono fra le Leggi francesi e le Leggi toscane §§. 1987 e 1988.

Ragioni che inducono a credere derogato dalla Legge toscana all'art. 2108 del Codice civile del Francesi §§. 1989 e 1990.

1976. **L**a ipoteca, come fu già osservato, è accessoria al credito ed alle obbligazioni delle quali

è chiamata ad assicurare la esecuzione (*); quindi per il di lei esercizio conviene, che colui il quale vuole esercitare le azioni che da questa derivano possa dimostrare la sussistenza delle obbligazioni, e così la liquidità, ed esigibilità del credito. Il terzo possessore dei beni ipotecati sino a tanto che ritiene il possesso di questi si considera rapporto al creditore la immagine del debitore, quindi alla pari del debitore stesso può essere richiamato al pagamento del credito ipotecario, o al rilascio dei beni.

1977. Il Codice civile dei Francesi nell'articolo 2167 stabilì, *che in vigore della sola iscrizione resta obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecarij, e gode dei termini, e dilazioni accordate al debitore originario*. Questa disposizione, sebbene non si trovi letteralmente trascritta nella Legge ipotecaria toscana, deve perpetuamente ritenersi perchè è adottata, ed ammessa nel complesso delle di lei disposizioni.

1978. Conseguenza di tal principio si è, che il terzo possessore contro il creditore che lo molesta può opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore, le quali sono: 1.^a la non scadenza del debito; 2.^a la sua illiquidità; 3.^a quella di pagamento, fine, o compensazione, o di un vizio della obbligazione, e delle quali la parte che le oppone possa dare in continenti la prova chiara, e completa se-

(*) *Tom. II. §§. 834 e 841.*

condo che dispongono gli *articoli* 15, 50 e 177 della *Legge del 7 gennajo* 1838.

1979. Ma può ben darsi il caso, che la obbligazione alla quale assista la ipoteca, costituisca un credito in genere del quale debba essere stata fatta una liquidazione posteriore alla creazione, o conservazione della ipoteca, lo che può accadere, per esempio, in termini di amministrazione tutelare, di convenzioni matrimoniali, di promessa di evizione, di sentenza che condanni alla prestazione di un fatto, refezione di danni, e simili. In questi casi nasce il bisogno di discutere la tanto controversa disputa, se il terzo possessore che ha acquistato i beni ipotecati nel tempo di mezzo fra la obbligazione, la sentenza, o l'atto di liquidazione possa escipere contro la sussistenza del credito.

1980. La risposta sembra essere affermativa nel caso in cui il creditore sia latore dell'atto di semplice liquidazione del debitore ogni qualvolta richiamata ad esame la liquidazione non resulti giustificata pienamente, e possa esservi il sospetto della collusione e della frode: se poi si tratta della liquidazione fatta per sentenza di giudice, convien tornare ad esaminare la teorica alla *Legge Sæpe ff. De re judicata*.

1981. I Dottori, e le decisioni dei Tribunali distinguono gli aventi interesse principale e coeguale, dagli aventi un interesse secondario e consequenziale, dependente per così dire da quello citato al giudizio; e mentre sostengono che la sen-

tenza non affligge i non citati al giudizio aventi un interesse egualmente principale ritengono, che sia valida, ed efficace per coloro che hanno un interesse semplicemente secondario.

1982. Questa teorica così accettata dopo tante e tante discussioni ha però le sue limitazioni in termini di terzo possessore, e per il caso speciale del quale io tratto, poichè si limita, 1.° se concorre il timore della frode e della collusione fra il debitore e il creditore nel danno del terzo; 2.° se possa giustificarsi la manifesta ingiustizia del giudicato; 3.° se la giudiziale liquidazione sia basata nella sola confessione, o contumacia del debitore (*).

1983. È ben vero peraltro che la sentenza di liquidazione è per lo meno capace di rifondere l'onere della prova dell'errore avvenuto nelle liquidazioni nel terzo possessore opponente (*), come è del pari inconcusso che possano essere elise l'eccezioni, allorchè dall'esame degli atti processuali venga a risultare, 1.° che il debitore sostenne virilmente la lite; 2.° che il Tribunale prese cognizione pienissima delle sue eccezioni; 3.° che il debitore non si acquietò al primo giudicato, ma percorse tutti i gradi di giurisdizione in appello, poichè in questo caso cessando le ragioni le quali suggerirono le limitazioni riportate, allora dovrà

(*) SCHETTIN. *De tertio veniente ad causam* part. 2. cap. 3. inspect. 1. num. 37 et 38.

(*) Idem *Dict. tract. part. 2. cap. 2. inspect. 3. n. 100 et 101.*

tenersi ferma la teorica sopra citata, per la quale si ritiene che la sentenza fa stato contro il successore singolare, il quale non potrebbe essere egualmente ascoltato se costasse della di lui personale citazione al giudizio, in cui accadde di determinare una tale liquidazione come nel caso speciale di un giudizio di graduatoria, dopo il quale al creditore sia necessario di rivolgersi contro i terzi possessori (').

1984. Riassumendo adunque il fin qui detto conviene ritenere per regola costante, essere il terzo possessore nella facoltà di valersi di tutte le eccezioni competenti al suo debitore, e di essere nel diritto di dedurre tutte quelle che non fossero state dedotte per omissione, negligenza, o dolo del debitore principale.

1985. Ma l'esposto fin qui non forma il compimento della trattazione dell'articolo in esame: al dirimpetto del terzo possessore, per il disposto della nuova Legge ipotecaria il creditore non può domandare altra somma che quella denunziata nella iscrizione ipotecaria, qualunque sia, o possa essere l'ammontare del credito, di modo tale che il terzo possessore è nel diritto di sostenere che il credito è nella realtà minore della somma annunziata nella iscrizione ipotecaria; ma

(') DE MARINIS *Resol. juris lib. 2. cap. 63. num. 8. 9. 10 et 11.* SCHEFF. *De tertio veniente ad causam part. 2. cap. 3: inspect. 1. num. 38. vers. Declaratur secundo.*

essendo maggiore di quello che è stato nella medesima espresso non sarà passibile di alcuna esecuzione, inquantochè la iscrizione sostiene la ipoteca per la sola quantità del credito enunciato nella iscrizione, non potendo più sotto l'impero della nuova legge aver luogo le distinzioni fra la ipoteca convenzionale, legale e giudiziaria che erano state ammesse sotto l'impero del Codice civile dei Francesi, come osservai trattando delle forme estrinseche della iscrizione (*).

1986. Secondo il disposto del Codice civile dei Francesi nell'art. 2168 il terzo possessore decaduto dal beneficio della purgazione delle ipoteche è tenuto *a pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili qualunque sia la somma cui possano ammontare, o rilasciare senza alcuna riserva l'immobile ipotecato*. Alcuni Giureconsulti (*) interpretando questa disposizione osservano che il terzo possessore, in quanto che si è mantenuto nella rappresentanza passiva del debitore, non può giovarsi del disposto del precedente articolo 2151, il quale concede grado al creditore per un solo triennio d'interessi nel concorso con gli altri egualmente iscritti con la data della iscrizione prima accesa per il capitale: altri sostengono la opinione contraria, notando che la espressione usata qua-

(*) Tom. II. §. 1689 e seg.

(*) PERSIL *Comment.* art. 2151. num. 11. GRENIER *Des hypoth.* tom. 1. num. 101.

lunque sia la somma degl'interessi e dei capitali deve sempre referirsi all'importare delle somme iscritte senza alcun riguardo al minor valore dei beni, ma non per il duro effetto di rendere il terzo possessore passibile di una somma non iscritta (*).

1987. Può nascere la questione, se sotto l'impero della nuova Legge del 2 maggio 1836 sia da ritenersi questa stessa regola, ed a dubitare della sua applicazione suggerisce sufficiente argomento il considerare, che la Legge toscana non ha ripetuto la disposizione letterale ed espressa del citato articolo 2163, ma contiene una disposizione, se non affatto contraria al citato articolo, tanto meno precisa, ed esclusiva di ogni proponibile dubbio.

1988. L'art. 120 della nuova Legge è così concepito: « I creditori che hanno iscritto nei modi, « e nei termini ordinati dal presente Motupro- « prio, come gli esenti dalla iscrizione, non ri- « sentono pregiudizio alcuno dalle alienazioni che « dei beni ai medesimi obbligati possono farsi dai « debitori. Per il pagamento rimangono nel diritto « di rivolgersi direttamente contro i beni stessi, « qualunque passaggio abbiano fatto, e presso « chiunque si trovino, e l'ottengono coll'ordine « dei privilegi, e delle ipoteche loro per il totale « ammontare del credito fino all'esaurimento del « valore dei beni realizzabili a forma della proce-

(*) Il TROPLONG *Comment. num. 788.* cita a sostegno della sua opinione il DALLOZ.

« dura civile, non avuto riguardo al prezzo stipu-
« lato dagli alienatarj, e alle condizioni dei loro
« contratti ».

1989. È ben vero che la nuova Legge fa men-
zione *del totale ammontare del credito fino al-
l'esaurimento del valore dei beni* posseduti dal
terzo possessore, ma tal menzione è preceduta dalla
dichiarazione che i creditori hanno diritto di ot-
tenere il pagamento con *l'ordine dei privilegi e
delle loro ipoteche*, del qual ordine si dispone nel
precedente Cap. X, ove sono ritenuti i limitati
effetti della iscrizione per un cumulo di frutti
maggiore del quadriennio compresa l'annata cor-
rente.

1990. Quando nella Legge toscana si parla del-
l'*ammontare totale del credito*, si ha perfetta rela-
zione all'*ammontare del credito* del quale deve
esser fatta menzione nella iscrizione ipotecaria
a forma del precedente art. 82, non essendovi la
dichiarazione aggiunta *qualunque sia la somma a
cui possono gl'interessi e i capitali ammontare*, per
la quale gl'interpreti crederono di dovere consi-
derare una diversità fra le disposizioni relative al
concorso fra i creditori, e gli effetti delle ipoteche
e dei privilegi contro i terzi possessori, la quale
non può, nè deve sussistere oggi, mancando
l'espresso disposto della legge, che renda tal distin-
zione necessaria perchè il successore dei beni con
titolo singolare è sempre un terzo avente causa dal
debitore come lo sono i creditori ipotecarj, nè vi

è ragione per dare alle loro ipoteche un effetto più esteso di quello, che queste non hanno di fronte ai creditori, come applicando altre nuove leggi, le quali perfezionarono il nuovo regime ipotecario, fu da altri Tribunali italiani giudicato (').

(') *Rot. Rom. in Romana seu Civitatis Castellane substationis 18 martii 1831 cor. Zacchia §§. 3. et 9, et in Civitatis Plebis associationis 3 februarii 1832 cor. de Curtiis §. 4. et seqq.*

SEZIONE QUINTA

*Delle eccezioni dirette ad impugnare
la sussistenza della ipoteca.*

S O M M A R I O

Esistenza della ipoteca, e modo di giustificarla §§. 1991 o 1992.

Anteriorità che deve esistere fra la ipoteca e il titolo del terzo possessore §. 1993.

Disposto delle Leggi romane sopra questo articolo §. 1994.

Simile delle Leggi antiche toscane le quali davano efficacia alle ipoteche posteriori all'alienazione §. 1995.

Anteriorità della data della ipoteca richiesta per le Leggi francesi, e termini utili per conservarla §. 1996.

Disposto delle leggi posteriori alla restaurazione del Granducato §. 1997.

Simile della nuova Legge ipotecaria §§. 1998 e 1999.

Caso previsto della creazione della ipoteca nel giorno stesso in cui si esibisce la domanda di voltura, o si perfeziona l'atto di alienazione §. 2000.

Questo caso non è previsto dalla Legge toscana, la quale soltanto contempla quello di due separate inserzioni accese lo stesso giorno §. 2001.

Ninna identità di ragione fra il caso contemplato e quello omissso §. 2002.

Si conclude a favore del terzo possessore §. 2003.

Eccezioni speciali che possono competere al terzo possessore per far mancare la sussistenza della ipoteca sebbene a principio legittimamente costituita, e confermata §. 2004.

1991. Il creditore ipotecario, allorchè si determina ad agire, è tenuto a giustificare la esistenza

della ipoteca che asserisce avere investito i beni posseduti dal terzo possessore, e la di lei utile e legittima conservazione.

1992. Al primo estremo dev'essere supplito mediante la esibizione del titolo dal quale la ipoteca o per convenzione, o per disposizione di legge è venuta a costituirsi; al secondo mediante la esibizione della iscrizione ipotecaria, e della sua rinnovazione nei tempi prescritti dalle leggi transitorie.

1993. Giustificata per tal modo la costituzione e conservazione della ipoteca, resta l'altra ispezione relativa a stabilire, se questa goda dell'anteriorità al dirimpetto del titolo del terzo possessore; alla quale ricerca passando mi faccio carico di rammentare quanto sulla anteriorità dei titoli dei creditori disposero le leggi anteriori, e quanto dispongono le vigenti.

1994. Secondo le Leggi romane allorchè il creditore agiva contro il terzo possessore doveva giustificare l'anteriorità della ipoteca al titolo del nuovo possessore; e siccome l'anteriorità e ponziorità si aveva non solo per giorni, ma ancora per semplici ore e momenti, per tal motivo comprendo la ipoteca costituita nell'istesso giorno, nel quale erano stati in altri trasferiti i beni, il creditore era onerato della prova dell'anteriorità, onde stabilire se avesse avuto luogo la costituzione della ipoteca prima della vendita; e nel caso in cui tale prova non si fosse potuta concludere

contro il creditore, ed a favore del terzo possessore si giudicava (*).

1995. Le Leggi toscane dettero efficacia alle ipoteche infisse dall'alienante anco posteriormente all'atto di alienazione nel caso in cui il nuovo acquirente a titolo oneroso avesse ritardata la voltura dei beni al pubblico estimo (*), e nel caso in cui il donatario non avesse insinuato nella Cancelleria del Magistrato Supremo gli atti di donazione, insinuazione che tenendo luogo di pubblicazione a riguardo dei terzi, non poteva essere in qualunque modo omessa (3).

1996. Secondo la Legislazione ipotecaria francese, che si componeva presso di noi del Codice civile e del Codice di Procedura, non avendo mai avuto forza di legge in Toscana le precedenti leggi repubblicane (4), il creditore aveva l'onere di giustificare con la esibizione del titolo autentico, o della sentenza, e nei modi prescritti dalla legge per i creditori assicurati da legale ipoteca, l'anteriorità della sua ipoteca al giorno del contratto di

(*) NEGUSANT. *De pignoris. part. 5. memb. 2. num. 43. 44. et 45.*

(*) *Legge del 12 settembre 1805.* Repertorio di Diritto patrio alla caratteristica = Volture all'estimo = num. 22.

(*) *Legge del 5 febbrajo 1551 e l'altra del 16 giugno 1787.* Repertorio di Diritto patrio alla caratteristica = Donazione fra i vivi = num. 1 e 2.

(4) Deve eccettuarsì l'Isola dell'Elba per avere fatto parte della Repubblica francese nel tempo in cui regnava in Toscana la Dinastia Borbonica.

vendita, se per atto pubblico, al giorno della registrazione se si trattava di atto privato, e la conservazione di questa ipoteca mediante la iscrizione accesa dentro il lasso di quindici giorni dopo la fatta trascrizione dell'atto di mutazione se si trattava d'ipoteche non esenti da iscrizione, e di due mesi decorrendi dall'ultimo giorno, o della notificazione, o della inserzione nei giornali pubblici se si trattava d'ipoteche legali (*).

1997. Le Leggi toscane posteriori alla restaurazione del Granducato surrogarono alla formalità della trascrizione la voltura estimale; dettarono le forme della purgazione delle ipoteche legali, e dichiararono efficaci le ipoteche costituite nel tempo intermedio fra l'atto di alienazione e la voltura estimale (*).

1998. La nuova Legge del 2 maggio 1836 oltre aver fatto cessare la esenzione dei privilegi, e di alcune ipoteche legali dalla iscrizione, ha ritenuto che tutte le ipoteche possono essere utilmente costituite nel tempo intermedio fra l'atto di alienazione e la voltura, e tanto di queste quanto delle anteriori all'atto dell'alienazione ne comanda la iscrizione dentro trenta giorni dal dì della domanda di voltura (*). Questo termine è soggetto ad aumento per le ipoteche legali lasciate

(*) *Cod. civile art. 2166. 2193. 2194. 2195. Cod. di Procedura civile art. 834.*

(*) *Tom. II. §. 1724.* (*) *Tom. II. §. 1736.*

in stato di esenzione per breve periodo di tempo, e per il beneficio della separazione dei patrimonij allorchè si tratti del primo termine dei sei mesi e non del più lato degli anni cinque, nel quale periodo deve il creditore iscriverlo dentro un mese dalla voltura per un nuovo effetto dato a questo beneficio dalla Legge toscana (*).

1999. La voltura si ha come compita allorchè è presentata la istanza del compratore, la quale viene registrata in un libro, la di cui custodia è affidata ai rispettivi Cancellieri Comunitativi dall'anno 1820 fino al presente (*).

2000. Non credo di dover qui ripetere, tanto rapporto ai privilegi, ed alle ipoteche anteriori alla Legge del 2 maggio 1836, quanto per le posteriori, tutto quello che fu già altrove discorso (*): dirò soltanto che il terzo possessore secondo la diversità della data dei suoi titoli potrà opporre la eccezione della insussistenza della ipoteca, se non comparisce validamente costituita e nei termini prescritti dalla legge conservata; e dopo avere per modo di regola quanto sopra osservato, essendo permesso al terzo possessore di dedurre una tale eccezione (*), farò conoscere il mio sentimento nel caso in cui, o per gli effetti della convenzione, della condanna riportata dal

(*) *Tom. I. §§. 534. 535. 536. 656. 657. 658. 659.*

(*) *Tom. II. §§. 1724 e 1736.*

(*) *Idem, cap. 5. sect. 2. per intiero.*

(*) *Legge del 7 gennajo 1838 art. 177.*

debitore, o di uno di quei fatti di lui personali, ai quali la legge presta il suo soccorso con accordare la legale ipoteca, avvenga che la ipoteca abbia la sua origine nel giorno stesso in cui è presentata la domanda della voltura estimale.

2001. La legge ipotecaria (') contempla il caso della iscrizione accesa da due diversi creditori lo stesso giorno, e decide la controversia ammettendo il contributo fra loro; ma non contempla, e decide il caso del concorso nello stesso giorno della creazione della ipoteca, e della domanda di voltura, poichè in lettera contempla soltanto quello del ritardo ad inscrivere, ed accorda al creditore il termine di un mese dal dì della domanda di voltura.

2002. Non esiste, a mio parere, identità di ragione fra il concorso di due iscrizioni, e quello sopra configurato, mentre per la costituzione della ipoteca è necessario, che consti del dominio dei beni nel costituente il quale con la detta semplice costituzione non si spoglia del dominio dei beni, e può bene a mille creditori ipotecarli senza che gli atti possano dirsi nulli sebbene inefficaci; ma questo sostanziale requisito non può dirsi sussistere, se il debitore si spogliò di ogni dominio prima della costituzione della ipoteca: per la qual cosa subitochè il creditore non è in grado di giustificare, che in quel giorno il suo de-

(') *Art. 107.*

bitore aveva il dominio dei beni ipotecati, o per padrone doveva ritenersi al pubblico estimo, può ben dirsi, che nel concorso dei due atti, vale a dire della ipoteca e dell'alienazione, esiste una disparità di condizioni, mentre l'atto di alienazione resta dalla domanda di voltura convalidato, e l'atto della costituzione della ipoteca rimane infetto del vizio di nullità per la costituzione avvenuta per opera del non domino.

2003. Considerata pertanto la disparità delle condizioni fra l'un caso e l'altro più al titolo traslativo della proprietà che a quello della ipoteca si deve deferire, eccettuata la ipotesi nella quale il creditore possa fare annullare l'alienazione, giustificato il dolo dell'acquirente a titolo oneroso, o il dolo del solo alienante trattandosi di mutazione avvenuta con titolo semplicemente lucrativo.

2004. Giustificata la costituzione della ipoteca e la di lei conservazione, può il terzo possessore liberarsi dall'azione ipotecaria con opporre l'avvenuta estinzione della ipoteca per uno dei modi dei quali sarò a trattare nel Libro seguente, e fra i quali per ciò che attiene al terzo possessore può principalmente figurare la estinzione della ipoteca:

I. per la renunzia tacita o espressa del creditore,

II. per la precedente consentita riduzione della ipoteca,

III. per la prescrizione della medesima,

IV. per l'avvenuta di lei purgazione tanto per gli atti della offerta, e successiva distribuzione del prezzo convenzionale, quanto in seguito degli atti della vendita coatta.

SEZIONE SESTA

Della eccezione della garanzia.

S O M M A R I O

La regola generale *quem de evictione etc.* si applica a favore del terzo possessore contro chi si faccia a molestarlo §§. 2005 e 2006.

Secondo i Francesi la eccezione che nasce dalla regola si dice eccezione di garanzia pel creditore che possiede una parte dei beni ipotecati §. 2007.

Secondo gli antichi Pratici s'instituiva la questione della cessione da farsi dal creditore contro se stesso §. 2008.

Eccezione della garanzia, e sua divisione in *formole* e *clausule* §§. 2009. 2010. 2011.

Garanzia formale quando sia dovuta §§. 2012 e 2013.

Limitazioni che s'incontrano nel caso di erede beneficiato, o di concorso di più eredi §§. 2014 e 2015.

Garanzia causale quando dovuta, e distinzioni in proposito §§. 2016 e 2017.

2005. È principio inconcusso secondo le romane Leggi, potersi per mezzo della eccezione repellere colui che trovasi obbligato a resarcire la evizione, che col suo fatto sarebbe a cagionare al terzo possessore, ripetendosi sempre la regola « *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio* ».

2006. Questa regola è stata sempre applicata a carico dell'erede, il quale voglia agere ipotecariamente contro un possessore di beni avente causa dal di lui autore, in quanto che essendo esso l'erede dell'alienante si trova nella posizione di vantare in proprio il credito con la ipoteca esercibile

contro il terzo possessore, e nell'istesso tempo è nel dovere di prestare la evizione della quale il suo autore fece promessa (*).

2007. Gli Scrittori francesi dettero a questa eccezione il nome che dall'azione deriva, e la dissero eccezione di garanzia (*), quale hanno esteso, come vedremo in appresso, non solo contro chi ritenga la doppia veste di creditore e di erede dell'obbligato all'evizione, ma ancora a carico di coloro che ritengono una parte dei beni affetti all'ipoteca del creditore contro i quali verrebbero a ritorcersi le azioni del creditore evincente.

2008. I nostri Pratici senza dare un sol nome a questa eccezione nel caso secondo sopra previsto proponevano la disputa, se il creditore essendo tenuto a cedere al terzo possessore egualmente che al correo, e al fidejussore le ragioni del proprio credito, fosse obbligato a concordare che le ragioni cedute sarebbero state esercibili contro lui stesso (3).

2009. Ora io non credo utile l'esame, e la ricerca per determinare, se la riunione di eccezioni sì fatte sotto una sola caratteristica sia la più esatta, o non lo sia, mentre quando nella sostanza si riscontrano identici effetti, ragione non vi è di disputare sulle parole.

(*) *Leg. Cum a matre 14. Cod. De rei vindicatione. Leg. Cum successores 23. Cod. De evictionibus.*

(*) *DOMAT Lex loix civiles liv. 1. tit. 2. sect. 10. n. 20. POTHIER De l'Hypothèque chap. 2. §. V.*

(3) *SCHETTIN. De jure offerendi part. 2. cap. 2. per tot.*

2010. Mi permetto adunque di applicare, secondo il Domat e il Pothier, in tutti i casi sopra configurati la eccezione della garanzia, quale vado a distinguere in *formale*, e in *causale* od *occasionale*.

2011. Dico garanzia *formale* quando s'intende di repellere il creditore a causa di una promessa personale fatta da lui, o da un suo autore del quale esso abbia la rappresentanza a titolo universale. Dico garanzia *causale* o *occasionale*, quando il creditore che agisce rivesta pure la qualità di detentore di beni ipotecati in origine per la soddisfazione del credito, per il quale intende di agire ipotecariamente.

2012. Esemplicando i casi della garanzia formale può questa verificarsi, se il creditore avente ipoteca esperibile contro i beni posseduti dal terzo possessore sia addivenuto o l'erede del debitore, o l'erede dell'alienante da cui ebbe causa il terzo possessore, poichè molte vendite private una dopo l'altra possono accadere senza che siasi fatta la purgazione delle ipoteche del primo alienante, e perciò le ipoteche infisse da questo non possono essere rimaste giammai purgate.

2013. Se il creditore sia rimasto l'erede del debitore, è facile concepire, che non solo la ipoteca ma ancora il credito restarono estinti per la confusione delle azioni, la quale avviene per l'assunta qualità di erede del debitore; ma se il creditore sarà l'erede di uno degli alienanti intermedi, sebbene il credito e la ipoteca sussistano,

perchè esso non fu l'erede del suo debitore, ciò non pertanto potrà essere esercitata la ipoteca contro il terzo possessore stante che esso è il rappresentante di quell'alienante intermedio, il quale è tenuto a prestare la promessa evizione.

2014. Nell'un caso e nell'altro è necessario però distinguere se il creditore, 1.° sia stato erede del promittente la evizione con beneficio di legge e d'inventario; 2.° se abbia rivestito la qualità di erede di questo promittente in parte, e non già nell'intero asse della di lui eredità.

2015. Nel primo caso dovrà il creditore avanti di potere agere per i propri crediti render conto della eredità, e giustificare che niuna cosa è a lui rimasta per star di fronte al credito suo particolare, o per resarcire ogni danno al terzo che vuole evincere. Nel secondo caso la confusione delle azioni s'intenderà di diritto operata fino alla concorrente quantità spettante alla sua quota ereditaria, perchè le ragioni del creditore sebbene erede libero del debitore si confondono, e si estinguono dentro i limiti della sua quota ereditaria, mentre per le quote che spettano agli altri suoi coeredi si considera come estraneo, e restano nel creditore salve le azioni del proprio credito.

2016. Esemplificando i casi della garanzia causale o occasionale osservo che può accadere, che il creditore sia il possessore di beni affetti alla ipoteca tanto generale, quanto speciale, la quale assista il di lui credito, 1.° perchè qualche suo

autore ne abbia già fatto acquisto; 2.° perchè abbia il creditore medesimo fatto l'acquisto di parte dei beni ipotecati, e sempre però privatamente, e senza l'adibizione delle formalità prescritte per la purgazione.

2017. Conviene in queste due diverse posizioni distinguere se i terzi possessori, che il creditore molesta, vantino un titolo anteriore, o posteriore a quello per il quale sono in lui pervenuti in parte i beni ipotecati, poichè se il terzo lo vanterà anteriore stante che per via del subingresso nelle ragioni del creditore potrebbe riportare la evizione sopra i beni dal creditore posseduti, non potrà cader dubbio sul diritto di opporre la eccezione della garanzia, e così liberarsi dalla minacciata esecuzione; se poi vanterà un titolo di acquisto posteriore a quello del creditore che agisce, la eccezione sarà improponibile in quanto che sopra esso devono ricadere gli effetti tutti della ipoteca generale, non dandosi luogo al contributo fra i terzi possessori creati dopo la Legge toscana del dì 27 luglio 1818, come anderò notando nella sezione ultima di questo capitolo. Il creditore repulso a causa della garanzia occasionale potrà per altro fare il rilascio dei beni affetti al di lui credito per dar luogo alle rivalse del terzo possessore che molesta, onde render libera la ipoteca che intende di esercitare (').

(') POTIER *De l'Hypothèque. chap. 2. §. 5. vers. Mais il y a cette différence.*

SEZIONE SETTIMA

Della eccezione della cessione delle ragioni.

S O M M A R I O

Per una certa equità il creditore è tenuto a cedere le sue ragioni al terzo possessore che molesta §. 2018.

Non esiste perfetta identità di ragione fra il terzo possessore e il mallevadore §. 2019.

Opinioni diverse sulla eccezione *cedendarum* competente al terzo possessore §§. 2020 e 2021.

Opinione particolare degli Scrittori francesi §. 2022.

Inconvenienti che s'incontrano ammettendo senza distinzione questa opinione §. 2023.

Termini di fatto nei quali la eccezione *cedendarum* può aver luogo §. 2024.

Necessità di determinarsi sulla scelta delle opinioni dei Giureconsulti §. 2025.

Ragioni che starebbero per seguire la Giurisprudenza francese §. 2026.

Ragioni contrarie §. 2027.

Replica al fondamento unico tratto dal subingresso legale per parificare il terzo possessore al mallevadore §. 2028.

Differenza che esiste fra il terzo possessore e il mallevadore, e ragioni di questa §. 2029.

Limitata concessione della eccezione, e termini di fatto, concorrendo i quali può essere dedotta §§. 2030 e 2031.

Contributo ammesso fra diversi possessori per dimettere il creditore che porta la evizione §. 2032.

Negato per le Leggi toscane §. 2033.

Necessità portata per le nuove leggi di dimostrare che la liberazione ha avuto luogo a favore di un possessore avente titolo posteriore a quello che si molesta §. 2034.

Casi nei quali è assolutamente improponibile la eccezione §. 2035.

2018. Il terzo possessore investito dall'azione ipotecaria ha il diritto di offrire la dimissione del

credito, e di domandare al creditore che lo molesta la cessione delle di lui ragioni secondo che dispone la *Legge 20. ff. Qui pot. in pignor. habeantur*, nella quale peraltro viene referito un responso del Giureconsulto Scevola scritto con termini di equità, e di urbanità. « *Quæro an si ei
« justus possessor offerat compellendus sit jus
« nominis cedere? Respondeo posse videri non
« injustum postulare* ».

2019. Comparando il terzo possessore con il mallevadore, i Dottori non trovarono identità perfetta di ragione fra l'uno e l'altro, mentre il mallevadore il quale accede all'altrui obbligazione ha fino da principio, oltre la lusinga che il creditore possa trovare il pagamento nei beni del debitore principale, la certezza di non esser costretto al pagamento se non ottenuta la cessione delle di lui ragioni per poter perseguire i beni ipotecati a sicurezza del credito. *Leg. fidejussoribus 18. ff. De fidejussoribus*.

2020. In questo stato di cose lunga, ed animata fu la disputa fra i Dottori, poichè alcuni sostennero che al terzo possessore non competesse la *eccezione cedendarum* dovendo esso contentarsi di ricevere la cessione delle ragioni *tali quali sono* per sola benignità, ed urbanità (*). Altri insiste-

(*) ARIAS DE MESA *Var. resol. lib. 1. cap. 23. num. 12.*
MERLIN. *De pign. lib. 4. tit. 2. quæst. 68. num. 5.* AMAT.
Resol. 37. num. 20.

rono nel ritenere una perfetta eguaglianza fra il terzo possessore e il mallevadore, deducendo inoltre essere l'eccezione *cedendarum* ammessa indistintamente dalla *Leg. Stichum aut Pamphilium* 95. §. *si creditor* il secondo, *ff. De solut.*, e ripetuta nel caso del pupillo fatto maggiore, il quale libera uno dei tutori, e non può agire per il solido contro gli altri, ma deve detrarre la parte di colui che ha liberato, come si ha dalla *Legge Si pupillus* 4. *ff. De administrat. tut.* (*).

2021. Altri rigettarono la eccezione *cedendarum* nel caso in cui si trattasse della restrizione fatta dalla donna della sua ipoteca legale, fondandosi nella *Legge Jubemus* 21. *Cod. ad Vellejan.* (*), e ammessero la eccezione nel solo caso in cui fosse giustificato il concorso del dolo nel fatto del creditore con aver ristretto la sua ipoteca all'oggetto di pregiudicare il terzo possessore (*).

2022. Gli Scrittori francesi tanto antichi quanto moderni senza far distinzione alcuna accordano al terzo possessore, che si molesta, il diritto di repellere il creditore con la eccezione *cedendarum*; e trattando di questa eccezione tornano a considerare il caso in cui il creditore sia addivenuto pos-

(*) MONOT. *De jure offerendi* num. 4. in fin.

(*) AFFLICT. *dec.* 343. num. 1. et seq. AMEND. *Addit. ad dec.* 427. DE FRANCHIS num. 7. ANT. FAB. in suo *Cod. lib.* 4. tit. 21. *definit.* 15.

(*) DE OLEA *De cessione jur. tit.* 3. *quæst.* 2. num. 41. GRATIAN. *dec.* 215. num. 18.

sessore di una parte dei beni ipotecati, e che sia luogo a riproporre per mezzo di un circolo vizioso le ragioni del credito stesso (*).

2023. Non può negarsi che così facendo si confonde la eccezione *cedendarum* per la quale si respinge il creditore, che non è in grado di cedere le ragioni del suo credito tali quali erano, con l'altra eccezione della garanzia desunta dalla regola *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, della quale ho di sopra trattato.

2024. La eccezione *cedendarum* deve, per il mio modo di vedere, essere appoggiata al fatto del creditore di avere limitato, e ridotto la sua ipoteca generale o speciale, dimodochè il terzo evitto offrendo la dimissione del credito non possa ricevere dal creditore la cessione delle di lui azioni, diritti ed ipoteche in tutta la loro primitiva estensione.

2025. E dopo avere precisato i termini di fatto, conviene prima di tutto determinare in diritto quale sia la opinione che debb'essere seguita, vale a dire se la opinione dei Giureconsulti francesi, o quella degli antichi Interpreti.

2026. Per determinarsi in questa scelta è utile l'osservare, che la opinione dei Giureconsulti francesi trova il suo appoggio principale nella dottrina

(*) POTHIER *De l'hypothèque* chap. 2. §. VI. GRENIER *Des hypothèques* num. 532. TROPLONG *Comment.* tom. 3. num. 788 bis, 789 bis, 789 ter, 807.

da loro professata, e nel considerare che il terzo possessore è dal Codice civile parificato al correo e al mallevadore allorchè nell'art. 1251 si accorda a tutti indistintamente il subingresso legale nei diritti del creditore che si dimette col prezzo. Questa opinione avrebbe presso di noi l'istesso appoggio perchè la Legge del 27 luglio 1818, l'altra del 25 dicembre 1819 art. 6, e finalmente quella del 2 maggio 1836 agli articoli 186 e seg. non solo accordarono simile subingresso, ma lo estesero ancora al possessore evitto.

2027. Ciò non ostante per non seguire una tale opinione giova il considerare che per accordare una vera eguaglianza fra il terzo e il mallevadore, in sì fatta eccezione sta la sola opinione privata dei Dottori francesi contro la quale si è pronunziata formalmente la Corte reale di Bourges nel 31 luglio 1829 (*), e possono ancora allegarsi le normali decisioni della Rota Romana avanti la quale questo articolo gravissimo è stato molte volte proposto (*).

2028. Contro l'unico fondamento per la parificazione del terzo possessore col mallevadore tratto dal subingresso legale stanno molte repliche, e fra le altre la facoltà insita nel creditore

(*) *Journal du Palais* tom. 22. pag. 1304.

(•) *Rot. Rom. in Perusina actionis hypothecariae* 22 junii 1832, *eadem* 21 junii 1833, *eadem* 13 januarii 1834, *cor. De Cursiis ap. TRANQUILLI De re hypothecaria* tom. 9. dec. 44. tom. 10. dec. 26 et 42.

ipotecario di restringere la propria ipoteca, consentendo la riduzione della iscrizione, e nel possibile evento, che il creditore ignori tutte le alienazioni privatamente eseguite dal debitore, giacchè o il terzo possessore ha proceduto alla purgazione delle ipoteche, o il terzo non ha proceduto a quest'atto. Nel primo caso non si verificano i termini della questione, e non sono neppure proponibili, perchè con quella procedura il terzo ottiene la purgazione delle ipoteche, o almeno restringe le ipoteche sul prezzo offerto: nel secondo manca la prova certa, e indubitata che il creditore conoscesse il titolo del terzo possessore, poichè la legge non ha imposto al creditore l'onere di assicurarsi al momento in cui restringe la sua ipoteca, se il debitore tutt'ora conservi nel suo possesso i beni a lui ipotecati.

2029. Nel sistema attuale esiste la differenza che gli antichi Interpreti ritrovavano fra il mallevadore ed il terzo possessore, poichè quanto al primo il creditore non può a se stesso dissimulare che riducendo le ipoteche dal debitore costituite non sarà più in grado di cederle al mallevadore sulla fede delle quali esso accedè con la sua obbligazione.

2030. Convieni, per quanto io ne penso, ritenere le distinzioni ammesse dagli antichi Pratici, e così il terzo per proporre la eccezione *cedendarum* la quale non può, nè deve confondersi con l'altra della garanzia *formale*, o *causale*, deve onerarsi

della prova della *frode* commessa per la parte del creditore, per concludere la quale converrà che esso giustifichi, 1.° la scienza del creditore dell'alienazione già fatta di una parte dei beni ipotecati all'epoca in cui esso procede alla parziale riduzione della sua ipoteca; 2.° la scienza della decozione del debitore; 3.° la evidente necessità in cui era il creditore di perseguire i beni passati nei terzi possessori; 4.° il danno dal creditore procurato ai terzi possessori che vuole evincere con liberare altri terzi aventi titoli posteriori.

2031. Con queste giustificazioni potrà essere proponibile la eccezione *cedendarum* in quanto che tutte le questioni, che nel dolo hanno la loro origine, hanno bisogno della prova dell'*affetto*, e dell'*effetto*.

2032. Ed infatti parlando dell'effetto i Giureconsulti francesi sono pure di opinione che fra tutti i terzi possessori, qualunque sia la data del loro titolo, quando mancano altri beni al debitore debba aver luogo il contributo ossia il reparto *pro rata* del credito che arreca la evizione.

2033. Questa opinione tanto controversa ancora fra gli antichi scrittori (*), non può essere accolta in Toscana eccettuando soltanto i terzi acquirenti aventi titolo con data intermedia fra il 1.° maggio 1808 e il 27 luglio 1818, nel danno, e nel favor dei quali sembra doversi ricorrere alle mas-

(*) SCHETTIN. *De jure offerendi part. 2. cap. 3. sect. 2.*

sime adottate dai Tribunali francesi, poichè per quelli anteriori era d'ordinario provveduto con la stipulazione della ipoteca generale, dimodochè tenevano obbligati al solido per la loro evizione gli aventi titolo posteriore in forza della loro ipoteca, ed i compratori posteriori misurano la loro rivalsa dalla data della rispettiva voltura estimale secondo le leggi sopra il legale subingresso, le quali sarò a spiegare in seguito, cosicchè sono tenuti a posdatare a quel giorno le ragioni del creditore che li evince, e il compratore posteriore è inabilitato a riportarle a carico di un acquirente avente titolo anteriore, sempre considerato per la data il giorno della voltura estimale.

2034. Per le quali cose all'oggetto che i termini per applicare la eccezione da me discussa concorrono, conviene che il fatto del creditore porti danno ad un acquirente per avere liberato dalla sua ipoteca i beni posseduti da un terzo possessore con titolo posteriore.

2035. Similmente non potrà della eccezione farsi parola se sarà rimproverato al creditore di essere intervenuto ad una privata vendita a ricevere una parte del prezzo, e concordare così la pienissima, e più antica purgazione delle sue ipoteche, giacchè, se non si oppone altro danno che quello di non aver proceduto al rincaro del fondo, il creditore può sempre sostenere che non è contro il medesimo opponibile la eccezione del dolo, mentre il non usare della facoltà del rincaro non è una ope-

razione *dolosa*, non potendo talvolta sembrare al creditore utile tale operazione, o non essere in grado di cimentarsi in questa nuova spinosissima procedura (*).

(*) Questo articolo fu lungamente trattato avanti il Tribunale di Pisa nella causa Sabatini e Martelli, e fu in questo senso deciso dall'Aud. GIUSEPPE CARPANINI con la sua sentenza del 30 settembre 1829, come può riscontrarsi dal motivo annesso a detta sentenza, *art. 3. della eccezione cedendarum*.

SEZIONE OTTAVA

Del rilascio dei beni ipotecati.

S O M M A R I O

Il rilascio dei beni per la parte del terzo possessore dava, secondo le Leggi romane, compimento all'azione ipotecaria §. 2036.

Lo stesso aveva luogo per l'erede investito per la quota del debito spettante ad altro erede §. 2037.

Il Codice civile dei Francesi contiene simili disposizioni, ed accorda la facoltà del rilascio dei beni al terzo personalmente non obbligato §. 2038.

Le dette disposizioni sono state ripelute nella Legge toscana §. 2039. Commento a questa legge, e regole che si determinano §. 2040.

Prima regola. Facoltà di alienare in colui che rilascia i beni §. 2041.

Seconda regola. Termine nel quale può esser fatto il rilascio §. 2042.

Estensione di questo termine per non essere di rigore §. 2043.

Considerazioni che confermano la estensione del termine §§. 2044 e 2045.

Utilità che in pratica risulta nell'ammettere, o negare la facoltà del rilascio a causa delle competenti rivalse §. 2046.

Terza regola. Facoltà nel terzo che ha rilasciato di recuperare i beni dei quali fu spogliato §. 2047.

Questioni proponibili per determinare quali creditori deve il terzo disinteressare §§. 2048 e 2049.

Quarta regola. A eseguito rilascio deve aver luogo la elezione di un curatore, e la vendita con citazione dei creditori del primo ipotecante, e di colui che ha eseguito il rilascio §. 2050.

2036. Il rilascio dei beni ipotecati al creditore che ha intentato l'azione competente contro il terzo possessore ha sempre formato il compimento

dell'azione introdotta, come si ha dalla Legge 16. §. 3. ff. *De pignor. et hypothecis* (*).

2037. L'erede, il quale si trova investito con l'azione ipotecaria per la quota del debito ad altro erede spettante, si è sempre potuto liberare dalle azioni dei creditori con il rilascio dei beni ereditarij, come si raccoglie dal disposto chiarissimo della Legge 2. Cod. *Si unus ex pluribus hæredibus creditoris vel debitoris* (*).

2038. Il Codice civile dei Francesi negli articoli 2172. 2173 e 2174 si uniformò quanto al rilascio dei beni in genere al disposto del romano Diritto; ed atteso il principio inconcusso, che il debitore non resta liberato con la semplice tradizione del pegno se con la vendita di questo non si realizza la somma sufficiente per estinguere il suo debito, ritenne per regola costante, che siano ammessi a fare il rilascio dei beni quei soli terzi

(*) Così la legge citata: « *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est, nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet, si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut restituat, æque absolvendus est, si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur* ».

(*) Così la legge citata: « *Actio quidem personalis inter hæredes pro portionibus quaesita scinditur: pignoris autem multis obligatis rebus, quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant* ».

possessori, i quali non sono personalmente obbligati, ed i quali hanno la capacità di alienare.

2039. La Legge del 2 maggio 1836 ha ripetuto le disposizioni del Codice civile negli articoli 124. 125. 126. e 127 nel modo che appresso (*Art. 124*):

« Qualunque terzo possessore avente la capacità
 « di alienare, e che non abbia riconosciuto il de-
 « bito, e non ne risponda in proprio, può divenire
 « in caso di molestia al rilascio dello stabile ipo-
 « tecato — (*Art. 125*) Tale rilascio debbe essere
 « eseguito, immediatamente spirato il termine di
 « che nell'art. 122 — (*Art. 126*) Il rilascio non
 « impedisce di recuperare in appresso lo stabile
 « medesimo, purchè la istanza per la recupera ven-
 « ga presentata prima della liberazione, o aggiu-
 « dicazione, e venga pagato dal terzo l'intero de-
 « bito, e le spese — (*Art. 127*) Si eseguisce il ri-
 « lascio del fondo presso il Tribunale del luogo
 « ove è situato l'immobile. — Il Giudice, alla ri-
 « chiesta delle persone interessate, debbe nomi-
 « nare un amministratore al detto immobile, in
 « contraddittorio del quale se ne consuma la ven-
 « dita con le forme ordinarie ».

2040. Facendo il necessario commento a queste disposizioni, possono ritenersi le seguenti regole inconcusse, cioè

I. Che il terzo del quale ora si parla debba avere la facoltà di alienare, e non sia personalmente obbligato al debito.

II. Che il rilascio sia eseguito nel termine di giorni trenta a partire dall'atto d'intimazione.

III. Che il terzo possessore possa riprendere i beni pagando l'intero debito e le spese. *

IV. Che i beni rilasciati passino all'amministrazione di un curatore speciale.

2041. Sopra la prima regola osservo: 1.° Che il rilascio portando l'abbandono dei beni viene dalla legge equiparato ad un'alienazione, o per lo meno ad una renunzia pienissima alla lite, ai quali atti non possono divenire i tutori e i curatori dei pupilli, o sottoposti, gli amministratori dei pubblici Stabilimenti e dei beni ecclesiastici, se non sono autorizzati dai Magistrati, o dai supremi Dicasteri dai quali dipendono. 2.° Che un tale atto non può essere posto in essere da chi è al debito personalmente tenuto, mentre la obbligazione personale non si estingue col rilasciare in potere della Curia i beni ipotecati, essendo necessario per operare la piena liberazione, l'effettivo pagamento di ciò che è dovuto.

2042. Deve il rilascio dei beni essere effettuato nel termine prescritto a pagare o rilasciare i beni, in quanto che questo mezzo è diretto a liberare il terzo possessore dall'incomodo dell'amministrazione dei beni ipotecati nell'interesse dei creditori, e dal peso di sostenere la veste di reo convenuto nel giudizio della vendita coatta.

2043. Il termine assegnato dall'art. 125 della Legge ipotecaria non deve credersi di rigore; e perciò, ritenuto nel terzo possessore l'onere di sopportare le spese alle quali dà luogo il suo tar-

divo rilascio, sembra a me che debba concedersi il diritto di procedere a questo atto in qualunque stadio della procedura.

2044. In tal sentimento mi conduce la considerazione che anco dopo la domanda introduttiva del giudizio di vendita può in qualunque tempo promoversi la istanza per la elezione di un economo, cosicchè se non è impedito al creditore di togliere al terzo possessore l'amministrazione dei beni ipotecati, non può essere del pari a lui tolto il beneficio di rilasciare i fondi ipotecati in qualunque tempo, e nel corso della procedura.

2045. Oltre di che io considero essere il terzo possessore in gran parte parificabile all'erede con beneficio di legge e d'inventario, in quanto che non è tenuto personalmente al di là dei beni ipotecati (*). E se l'erede beneficiato il quale è in grado di render conto della sua gestione può abbandonare la eredità in qualunque tempo facendo nominare un curatore alla medesima, notificati debitamente i di lei creditori, a seconda del Gius romano (**) al quale si uniformano le Leggi fran-

(*) TARRIBLE *Des hypothèques* tom. 1. num. 175. GRENIER *Des hypoth.* num. 344. vers. Si le tiers détenteur. GUICHARD *Jurisprudence hypothécaire, mot Tiers détenteur* num. 5. et 6.

(*) MONTICUL. *De hæreditatis inventario et ejus confect.* in præfat. num. 143. CARPZOV. *Dec. illust. Sasson.* tom. 1. dec. 25. num. 29.

cesi (*), non vi è ragione per negare il beneficio di questo abbandono al terzo possessore sebbene introdotto sia il giudizio di vendita, il quale come può essere incominciato può anco essere proseguito nello stato e termini in cui si trova all'epoca della elezione del curatore che deve ai beni essere nominato.

2046. La utilità della proposta discussione si risconterà per il bisogno di sollecitare a favore del terzo possessore l'esperimento delle proprie rivalse, giacchè la Legge del 2 maggio 1836 nell'articolo 131 determina gli effetti del rilascio del fondo con la seguente disposizione: « Col rilascio
« del fondo rivivono a vantaggio del terzo posses-
« sore tutte le servitù, e i diritti di dominio che
« gli competevano sopra il fondo prima che ne
« avesse il possesso, e rivivono pure i privilegi, e

(*) *Codice Civile dei Francesi art. 802.* È da notarsi che sull'applicazione di questo articolo esiste in Francia una questione secondo il Toullier di semplici parole e non di sostanza, poichè viene da alcune Corti riconosciuto nell'abbandono dei beni la renunzia alla eredità, mentre da altre si dice che il diritto al rilascio dei beni è insito all'adizione con beneficio dell'inventario, ma non porta renunzia alla eredità medesima. *Journal du Palais, tom. 12. pag. 754. not. 1. ann. 1837, tom. 2. pag. 164. ann. 1838, tom. 2. pag. 409. ann. 1840, tom. 1. pag. 709.* La questione per altro non può in tutti i casi dirsi di semplici parole, poichè non ostante il rilascio dei beni potrebbe l'erede prendere il prezzo che avanza, dimessi i creditori. *BOILEUX Commentaire sur le Cod. civil. art. 802. vers. Puisque l'abandon.*

« le ipoteche conseguite sul medesimo prima dell'acquisto »; e finalmente con l'articolo 186 accorda al terzo possessore che rilascia i beni il subingresso legale nelle ragioni del creditore che lo evince.

2047. Il rilascio dei beni non priva il terzo possessore della facoltà di redimere il pegno con la soddisfazione dell'intero debito, e delle spese, in quantochè la legge non ha potuto negare al terzo possessore il diritto che ha lo stesso debitore principale, ma la facoltà concessa dall'art. 126 sopra riportato darà luogo alla disputa, se il terzo possessore debba soddisfare l'intero debito del solo creditore istante nella vendita, o ancora degli altri creditori in tempo utile iscritti sul suo fondo.

2048. La questione potrà essere proponibile nel solo caso in cui sia già trascritta all'Ufficio della conservazione delle Ipoteche la domanda di vendita, e che questa trascrizione sia notificata ai creditori iscritti, mentre avanti tal trascrizione non vi sono diritti quesiti per i creditori nella incoata procedura.

2049. A domanda di commissione di stime e di vendita debitamente trascritta e notificata (*), io

(*) Ho detto, che la domanda di vendita dev'essere trascritta, e che il di lei estratto dev'essere notificato ai creditori, perchè se questa notificazione non ha avuto luogo non è necessaria la loro citazione sulla domanda di radiazione della trascrizione. Nel silenzio della Legge del 7 genajo 1838 sopra questo frequentissimo caso conviene ricor-

penso, che il terzo possessore avrà diritto di dimettere il creditore istante senza esser tenuto, per sospendere le procedure, di fare il deposito delle somme necessarie per dimettere gli altri creditori, restando salvo il loro interesse con opporsi alla radiazione della trascrizione della istanza, e con domandare la surroga al creditore istante nella procedura della vendita coatta, quando siano però in grado di giustificare la esistenza del credito liquido e scaduto avente ipoteca sopra i beni dal terzo possessore posseduti, la quale sia stata in tempo utile conservata.

2050. Eseguito il rilascio dei beni ipotecati, il creditore ipotecario al quale non spetta secondo le nuove leggi ipotecarie il diritto di possedere per il titolo della ipoteca i beni che dal terzo possessore si ritenevano, è costretto a domandare di questi la vendita al pubblico incanto citati il debitore, il curatore dei beni, e gli altri creditori ipotecarj iscritti sul fondo a carico del debitore dentro i trenta giorni dal dì della domanda di voltura, la quale come tante volte ho osservato tien luogo della trascrizione dell'atto di mutazione, e tutti i creditori ipotecarj iscritti a carico del terzo possessore per la duplice ragione che il rilascio del fondo non purga le ipoteche che può avere infisse il terzo possessore durante il suo possesso,

rere alla giurisprudenza interpretativa dell'articolo 696 del Codice di Procedura civile dei Francesi.

e che ogni avanzo del prezzo, dimessi i creditori anteriori del primo alienante, deve a favore dei creditori del terzo evitto essere distribuito nei modi di ragione, come dimostrerò parlando dell'ordine dei creditori, inquantochè il rilascio dei beni non porta abdicazione assoluta del dominio quesito dal terzo possessore; per la qual cosa è stato riconosciuto e deciso che ogni avanzo del prezzo, dimessi i creditori iscritti a carico del suo autore, deve solo al terzo possessore consegnarsi (*).

(*) *Ved. la Dec. della Corte Reale di Colmar del 22 novembre 1831, Journal du Palais tom. 24. pag. 346. SIREY tom. 32. part. 2. pag. 27.*

SEZIONE NONA

Delle rivalse competenti al terzo possessore evitto.

S O M M A R I O

La evizione porta azione nel terzo possessore contro l'alienante §. 2051.

Le Leggi romane, francesi, e toscane sono fra loro concordi §. 2052.

La legge ipotecaria rinviando alle regole di ragione ha fatto uso di una giusta ed esatta espressione §. 2053.

Esistenza di casi nei quali la evizione non è dovuta §. 2054.

Applicandosi la regola e non la eccezione, il terzo può fare uso delle azioni personali e delle azioni ipotecarie da lui acquistate §. 2055.

Compete pure al terzo l'azione per ripetere i fatti miglioramenti §. 2056.

Dentro però la misura del maggior valore §. 2057.

L'accrescimento naturale dei beni non si valuta a favore del terzo §. 2058.

Dispute subalterne nel caso che lo speso sia minore del migliorato, e quando sia eseguito il semplice restauro §. 2059.

Risoluzione della prima disputa §§. 2060 e 2061.

Risoluzione della seconda §§. 2062. 2063. 2064. 2065. 2066. 2067.

Distinzione fra i grandi restanri, e le piccole riparazioni §. 2068.

Disposto della Legge toscana sopra la liquidazione dei miglioramenti fatti dal terzo, e sopra la iscrizione da farsi §§. 2069 e 2070.

Uniformità dell'articolo 150 della nuova Legge al Diritto ipotecario francese nella sua prima parte; novità introdotta con la iscrizione §. 2071.

Osservazioni sopra la utilità, o inutilità della comandata iscrizione §§. 2072. 2073. 2074.

Interpretazione limitata e ristretta dell'articolo 150, per cui si ritiene necessaria la iscrizione nel solo caso del rilascio dei beni fatto dal terzo possessore §. 2075.

Nuovo mezzo di rivalsa accordato dalle Leggi toscane per mezzo del subingresso legale §. 2076.

Metodo che si propone per trattare del subingresso legale §. 2077.

Menzione delle leggi che dispongono del subingresso §. 2078.

Notificazione de' 27 luglio 1818 §. 2079.

Legge de' 25 dicembre 1819 §. 2080.

Legge del 2 maggio 1856 §. 2081.

Osservazioni sulle prime due leggi §. 2082.

Simili sulla legge ultima §. 2083.

Esclusione del dubbio che sarà preponibile a carico dei creditori per limitare il subingresso legale nei solo casi della evizione predotta dalla ipoteca generale §§. 2084 e 2085.

Necessità di determinare il grado che può pretendere il terzo possessore §. 2086.

Omissioni che s'incontrano nella nuova legge a riguardo del grado, e come supplite §§. 2087, 2088, 2089.

Simili a riguardo dello stesso che possono reclamarsi parimente supplite con il ricorso alla Legge del 25 dicembre 1819 §. 2090.

Necessità di queste ricerche §§. 2091 e 2092.

Utilità dimostrata delle due proposte ricerche tanto a riguardo del grado, che della quantità per la quale può esser preso il subingresso legale §§. 2093, 2094, 2095.

2051. Al terzo possessore evitto non obbligato personalmente al debito del creditore spetta l'azione alla rivalsa contro il debitore principale e contro quello che lo rappresenta.

2052. È chiaro il disposto della *Legge 1. ff. De evict.* « *Sive tota res evincatur, sive pars habet regressum emptor in venditorem...* » L'art. 2178 del Codice civile dei Francesi ripete questa disposizione; l'art. 132 della Legge ipotecaria toscana riserva al terzo possessore evitto le azioni alla rivalsa che ad esso competono di ragione.

2053. Io trovo giusta, e conseguente questa disposizione poichè dipende da altre disposizioni,

e non da quelle relative al regime ipotecario il determinare se il terzo possessore abbia o no azione all'evizione.

2054. Esistono previsti nel corpo delle leggi in generale alcuni casi eccezionali, ai quali le leggi ipotecarie non hanno mai potuto derogare. Per esempio nel caso di donazione semplice e non avente titolo commisto di corresponsività il donante non è alla evizione tenuto se non è promessa (*), e similmente ove si tratti di alienazione a titolo corrispettivo se oltre la scienza delle ipoteche nell'alienatario si unisce il patto mediante il quale l'alienante è assoluto dal prestare qualunque evizione (**). In termini di legato della cosa ipotecata si procede con molte distinzioni onde stabilire, se l'onere di liberare i beni legati dalle ipoteche spetti al legatario il quale per ordinario assume la veste di terzo possessore, ossivvero all'erede (³); e la stessa disputa si agita a riguardo del donatario particolare che non è tenuto al pagamento dei debiti, a riguardo del quale nella mancanza del patto si trova posto in questione se l'erede sia o no tenuto a liberare i beni donati dalle ipoteche (⁴). Nè questa disputa può dirsi ra-

(*) *Leg. Aristo ait 17. §. final. ff. De donat. Leg. 2. Cod. De evict.*

(*) *Leg. Si fundum sciens 27. Cod. De evictionibus.*

(³) *Leg. Si res obligata 60. ff. Legatis et fideic. 1. MERLIN. De pignorib. lib. 4. tit. 5. quæst. 138. et 157.*

(⁴) *GRATIAN. Discept. forens. cap. 955. num. 23. et seq. MERLIN. De pignor. lib. 4. tit. 5. quæst. 157. num. 6.*

dicalmente risolta dal Battur (*Des hypothèques tom. 3. num. 486.*) con accordare al donatario il diritto della piena rilevazione, ma il solo subingresso nelle ragioni del creditore che venga da lui dimesso per liberare i beni che venivano da questi perseguitati.

2055. Quando non si debbano applicare le limitazioni, ma sia luogo ad invocare la sola regola generale, il terzo possessore evitto ha diritto di agire contro il debitore principale o con l'azione personale, che può a lui competere in ordine all'atto traslativo della proprietà, o con le azioni ipotecarie per i privilegi ed ipoteche ad esso competenti, per aver compensato col prezzo convenzionale, o col valore legale del fondo altri suoi crediti ipotecarij, o per aver dimesso altri creditori ipotecarij. Esercitando l'azione personale il terzo possessore può ottenere la condanna del debitore alla sua rilevazione, ed acquistare così il carattere di creditore ipotecario con la data della sentenza condannatoria (*). Esercitando le azioni ipotecarie dei crediti antichi, e dimessi dovrà, agendo contro altri terzi possessori o concorrendo con altri creditori, giustificare di aver sempre conservato quelle ragioni ipotecarie, es-

(*) In questo caso il terzo possessore evitto può domandare dal suo autore la piena sua rilevazione, e la refezione di tutti i danni e spese. BATTUR *Des hypothèques tom. 3. num. 493.* TROPLONG *De la vente num. 509 et 510.* TROPLONG *Des hypoth. Comment. num. 838.*

sendo oramai stato riconosciuto ed ammesso che quelle ipoteche, le quali per la resolubilità del titolo di compra erano addivenute eventuali, si debbono dai terzi acquirenti conservare rinnovando, quando occorra, le già accese iscrizioni (*).

2056. Il terzo possessore ha pure diritto di ripetere *l'importare dei miglioramenti da esso fatti sopra i beni perseguitati dai creditori dentro la misura del maggior prezzo che lo stabile abbia acquistato*, come dispone l'articolo 128 della Legge del 2 maggio 1836, uniforme in questa parte alla *Leg. 29. §. 2. ff. De pignor. et hypoth.*, ed al disposto dell'art. 2175 del Codice civile dei Francesi.

2057. Non tanto per le espressioni del citato articolo, quanto per le leggi dal quale è tratto, è necessario ritenere, che deve costare del fatto dei miglioramenti, e quanto alla valutazione non deve starsi allo speso, ma solo alla misura del maggior prezzo, che siasi potuto realizzare a causa dei fatti miglioramenti, come dispone la cit. *L. 29. ff. De pignoribus*. « *Quatenus pretiosior res facta est* ».

2058. Non deve pertanto a favore del terzo possessore valutarli l'accrescimento del prezzo che può

(*) Vedi, in termini di acquirente che dimette i crediti ipotecarij del venditore, la decisione della Corte Reale di Rouen del 30 maggio 1825, *Journal du Palais* tom. 19. pag. 535, ed in termini di dazione in pagamento e così di creditore che acquista i beni ipotecati, e compensa con i suoi crediti una parte del prezzo, la decisione della Corte Reale di Grenoble del 10 marzo 1832, *Journal du Palais* t. 24. p. 844.

esser prodotto dalle variate circostanze locali, cioè il così detto miglioramento dei beni *intrinseco* e *naturale*, per la ragione che questo proviene indipendentemente dal suo fatto, e per l'altra, che non essendo tenuto alle degradazioni naturali per corresponsività non può essere a di lui favore ammesso alcun utile proveniente da cause soltanto naturali (*).

2059. Due altre subalterne dispute possono incontrarsi; la prima può verificarsi nel caso in cui l'importare dello speso fosse minore dell'importare del miglioramento, lo che può accadere più particolarmente a causa di piantazioni eseguite nei terreni, le quali con l'andare del tempo producono un notevole aumento di prezzo in gran parte derivato dalla forza produttiva del suolo, nel quale le piantazioni si eseguirono; la seconda può incontrarsi nel caso in cui anzichè di aumenti fatti nei beni le spese incontrate dal terzo possessore fossero state dirette a restaurare i fondi anzi che ad aumentarli.

2060. Se nel rispondere alla prima questione si fa ricorso al romano Diritto, non vi ha dubbio, che al terzo possessore dev' essere restituito il tanto meno fra il migliorato e lo speso, per la ragione che ogni aumento intrinseco del fondo sta a favore

(*) MERLIN. *De pignor. lib. 2. quest. 69. num. 5. et seq.* BOILEUX *Comment. sur le Cod. civil. art. 2175, vers.* La loi permet.

del creditore, il quale mentre non deve locupletarsi a danno del terzo possessore, non è tenuto a rinunciare al maggior valore intrinseco dei beni come se fossero sempre stati nel possesso, e nel dominio di chi costituì la ipoteca.

2061. Consultando le nuove leggi ipotecarie, e stando al più stretto senso grammaticale dei loro articoli, a prima vista sembrerebbe adottabile la contraria opinione, vale a dire che il terzo possessore potesse insistere nella pretensione di avere *l'importare dei miglioramenti da esso fatti sopra i beni dentro la misura del maggior prezzo che lo stabile abbia acquistato*; ma io credo doversi al romano Diritto ricorrere in quanto che, come hanno osservato gli Scrittori francesi, le nuove leggi non intesero di alterare lo stato della giurisprudenza, ma di contemplare soltanto il caso il più ovvio e il più ordinario, che è quello che non si ottenga giammai la piena realizzazione di ciò che si è speso nei miglioramenti fatti, prelevato il valore del fondo antico (*).

2062. Relativamente alla seconda questione, sulla quale molto si trattengono gli Scrittori francesi (*), io osservo che l'art. 128 della Legge toscana ha fatto parola dei *solì miglioramenti fatti*

(*) PERSIL *Comment. art. 2175. num. 4.* TROP LONG *Comment. num. 838.*

(*) Idem *Loc. sup. cit. num. 5.* TROP LONG *Loc. sup. cit. num. 838 bis.* BATTUR *Des hypothèques tom. 3. num. 490.*

dal terzo possessore, mentre l'art. 2175 del Codice civile contempla le *spese* e i *miglioramenti*; per la qual cosa sembrerebbe doversi adottare sotto l'impero della Legge toscana la opinione di coloro i quali negano l'importare delle spese per i restauri, la quale per vero dire non sarebbe tanto fondata sotto l'impero del Codice civile, perchè in esso si fa parola di *spese* e di *miglioramenti*.

2063. Ciò non pertanto per l'oggetto di non proporre questioni inutili di parole, è d'uopo rammentare il principio, che deve servire di scorta alla decisione della controversia. Il principio si è, che la legge non permette che i creditori rendano migliore la loro condizione a spese del terzo possessore.

2064. La condizione dei creditori non può rendersi deteriore; ma niuna legge esiste che obblighi il terzo possessore a renderla migliore, lo che neppure a carico del debitore si ammette: per la qual cosa le leggi ipotecarie giustamente determinarono che debba essere restituito al terzo possessore tutto quel più che si è ricavato dal prezzo a causa delle spese fatte dal terzo possessore.

2065. In questo stato di cose non riscontro la ragione per negare al terzo possessore la refezione delle spese nel caso in cui esso abbia restaurato e conservato i beni, alla pari del caso in cui esso abbia fatto un qualche aumento. Non è la distinzione dei lavori, ma la loro causa che ha suggerito le disposizioni sopra citate, per escludere la locu-

pletazione dei creditori in danno del terzo possessore.

2066. Ora può ben darsi, che il terzo il quale acquista un fondo senza alterarlo nella superficie operi su quello tali, e tanti restauri da farne variare le condizioni: per esempio in una casa costruendo il tetto, il quale sia per cadere, fortificando i fondamenti, rinnovando le cadenti porte, e finestre. Chi negherà che i lavori da esso fatti, sebbene del genere delle riparazioni, non siano tali da aver portato un aumento notabile del prezzo? E perchè non potrà dirsi aumentato, ma riparato lo stabile, dovrà per questo negarsi l'abbuono al terzo possessore?

2067. La risposta, a parer mio, dovrà essere favorevole al terzo possessore evitto subito che i Periti siano in grado di determinare nel fissare il valore del fondo, che i lavori eseguiti dal terzo possessore hanno prodotto un aumento di prezzo: non essendo concepibile l'ammettere che tanto debba valutarsi uno stabile nel quale siano per cadere molte travi, con le mura in stato di rovina, ed altri simili notabili danni, quanto uno stabile se non aumentato per lo meno restaurato nelle porte, finestre, ed altri affissi che per lo avanti mancando o cadendo lo rendessero inabitabile (*).

(*) La decisione della Corte di Cassazione del dì 11 novembre 1824 lungamente confutata dal Troplong, stabilisce fuori del bisogno che tutte le spese di riparazione necessa-

2068. Anzi che trattenersi sopra la citata inutile distinzione fra i restauri e i miglioramenti, sarà luogo a distinguere le piccole riparazioni ordinarie dai grandi restauri, poichè le prime sono un onere, e peso di chi percipe i frutti naturali, o civili dei beni, e di queste il terzo possessore non potrà pretenderne rimborso allorchè siano state eseguite nel tempo in cui cadde la percezione dei frutti, in quelli anni nei quali fu pacifico possessore (¹); e parlando dei grandi restauri e dei miglioramenti conviene piuttosto considerare, che le nuove leggi non hanno assoluto il terzo possessore dall'onere di giustificare i miglioramenti, 1.º con la esibizione delle prove constatanti le spese da esso sofferte; 2.º con la giustificazione dello stato antico dei beni, onde i Periti conosciuto quello stato possano farne la necessaria comparazione con lo stato presente, sopra i quali estremi gli studiosi debbono consultare in preferenza degli Scrittori moderni i nostri antichi Pratici (*).

ria sono dovute al terzo possessore, inquantochè la Corte Reale di Orleans, nella sua decisione del 22 marzo 1825, contro la quale era stato intentato il ricorso, aveva ritenuto: « *Que le rapport des experts est régulier dans sa forme, et qu'il en résulte que les réparations faites par l'eauville ont produit une plus-value que les experts ont portée à 2215 fr. 75. c.* ». Possono queste due decisioni riscontrarsi nel *Journal du Palais* tom. 18. pag. 1098.

(¹) POTHIER *De l'hypothèque* cap. 2. §. 4.

(*) MERLIN. *De pignoris lib.* 2. tit. 2. quest. 69. n. 10. SCHETFIN. *De jure offerendi* part. 1. cap. 2. num. 15.

2069. La nuova Legge toscana ha in lettera prescritto, che la liquidazione dei miglioramenti dovuti al terzo possessore non è soggetta alle formalità prescritte per il privilegio del restauratore, e del migliorante; ma ha determinato il termine dentro il quale il terzo possessore deve rendere noto, e pubblico il suo privilegio.

2070. L'art. 130 della detta Legge è così concepito: « Per il rimborso della somma dipendente
« dall'importare dei miglioramenti non compete a
« questo terzo possessore gius di ritenzione, ma
« bensì gli compete il privilegio del migliorante
« sul fondo migliorato, che può esercitare quando
« sia stato sollecito d'inscriverlo dentro un mese
« dal dì del seguito rilascio ».

2071. Nella prima parte di questo articolo sono ripetute tutte le massime stabilite dalla giurisprudenza pratica in conciliazione degli articoli 2110 e 2175 del Codice civile (*); ma quanto spetta alla iscrizione di questo privilegio deve tutto alla nuova Legge attribuirsi a causa dell'adottato principio della pubblicità dei privilegi, e delle ipoteche.

2072. È peraltro da ritenersi, non ostante l'adottato principio della pubblicità dei privilegi, che la necessità di questa iscrizione non può riscontrarsi in fatto, non tanto se si osserva lo scopo

(*) *PERSIL Comment. art. 2175. num. 6. TROPLONG Comment. num. 856.*

principale della legge ipotecaria la quale è diretta ad impedire il danno dei terzi, quanto se si osserva la procedura ammessa dalla Legge del 7 gennajo 1838, la quale stabilisce che al momento della trascrizione della domanda di vendita viene a rendersi irretrattabile lo stato delle iscrizioni ipotecarie.

2073. Ed infatti manca lo scopo, e la ragione della iscrizione di questo privilegio, in quanto che il debitore non può efficacemente imporre una nuova ipoteca sopra i beni fino dal dì in cui il nuovo acquirente fece del suo atto la trascrizione nei libri del pubblico censo, e gli oneri che può avere imposto il terzo possessore tanto avanti quanto dopo la intentata azione ipotecaria non portano danno ai creditori dei precedenti alienanti, quindi la iscrizione sta nel caso a spiegare la forza di una sola domanda che la legge esige per la parte del terzo possessore.

2074. Osservo ancora, che la iscrizione non può servire allo scopo di dirigere le contrattazioni future, mentre con la vendita al pubblico incanto tutte le ipoteche si realizzano, ed i beni che si espongono in vendita purgati, e liberi nel nuovo acquirente passano da ogni vincolo sotto la condizione sospensiva, che esso paghi, o depositi il prezzo, giacchè nelle vendite coatte non si ha mai fede di questo, nè il dominio si trasferisce irretrattabilmente fino a che l'acquirente non lo abbia pagato.

2075. In questo stato di cose io credo, che debbasi dare la più ristretta interpretazione al citato articolo 130 della Legge ipotecaria, e stando attaccati alla lettera del medesimo dovrà ammettersi l'onere della iscrizione nel solo, ed unico caso in cui il terzo possessore si determini al rilascio dei beni, e non già nel caso in cui soffra la vendita coatta, o soffra la evizione, e lo spoglio nel giudizio della purgazione delle ipoteche atteso il rincaro fatto in tempo utile dai creditori, 1.° perchè l'articolo predica della iscrizione nel caso del rilascio; 2.° perchè il caso della vendita coatta, o del rincaro non è dalla legge previsto, e non si saprebbe neppure stabilire il vero punto di partenza, che ha precisato la legge nel caso del rilascio; 3.° perchè non si deve applicare una formalità, che nel caso di alienazione apparisce del tutto inutile facendo il necessario confronto con tutte le altre disposizioni della legge ipotecaria.

2076. Le Leggi toscane somministrarono un nuovo rimedio al terzo possessore evitto, e così fecero mancare molte fra le questioni agitate dagli Scrittori in materia (*). Questo rimedio si verifica nel subingresso legale nelle ragioni del cre-

(*) Vedansi in proposito fra gli antichi lo SCHETTIN. *De jure offerendi part. 2. cap. 3. sect. 2. per tot.*, e fra gli scrittori moderni GRENIER *Des hypothèques tom. 2. n. 533.* il quale propone la divisione per contributo fra i diversi possessori, qualunque sia la loro data del credito ipotecario che si può evincere nei rispettivi loro acquisti.

ditore evitto; la legge ammette la finta cessione delle ragioni del creditore, o creditori evincenti a favore del terzo possessore.

2077. Per formarsi una chiara idea di questo subingresso giova ricordare le leggi, che lo introdussero, ritenere il loro disposto, e conciliando queste leggi fra loro determinare le regole da ammettersi nei congrui casi.

2078. Le leggi che dispongono sul subingresso legale sono: 1.^a la Notificazione del 27 luglio 1818; 2.^a la Legge del 25 dicembre 1819; 3.^a la Legge del 2 maggio 1836.

2079. La prima legge così dispone: « Sua Altezza
 « Imperiale e Reale volendo, in quanto è possibile,
 « provvedere senza lesione dei diritti dei credi-
 « tori anteriori, alla indenpità dei terzi possessori,
 « e dei creditori con ipoteca speciale validamente
 « iscritta nel caso che per parte dei creditori con
 « ipoteca generale soffrano, per qualunque siasi
 « causa, evizione, o spoglio, o rimangano rispetti-
 « vamente privi della cautela della ipoteca spe-
 « ciale, è venuta nella determinazione di prescri-
 « vere, che ferme stanti le eccezioni riservate ai
 « terzi possessori dall'articolo 857 del Regola-
 « mento di Procedura, i terzi possessori spo-
 « gliati, o i creditori con ipoteca speciale rima-
 « sti privi di questa cautela per l'esercizio delle
 « azioni competenti ai creditori con ipoteca gene-
 « rale anteriore, subentreranno, di pieno diritto,
 « nelle ragioni, ed ipoteche del creditore, o cre-

« ditori evincenti, e goderanno degli effetti delle
 « loro iscrizioni, per ottenere quella rivalsa,
 « che sia possibile contro la universalità dei beni
 « del debitore, con dichiarazione però, che per
 « fissare l'antiorità, ed il grado della ipoteca,
 « che si acquisterà per via di detto subingresso
 « legale al terzo possessore, o al creditore rima-
 « sto privo della ipoteca speciale si avrà rapporto,
 « in quanto ai terzi possessori, all'epoca della vol-
 « tura dei beni ai libri estimali, ed in quanto ai
 « creditori stati privati dell'ipoteca speciale si
 « avrà riguardo all'epoca che assegnava loro la
 « valida iscrizione di tale ipoteca, e con dichia-
 « razione altresì, e con che non resulti pregiudi-
 « zio ai creditori posteriori aventi ipoteca con-
 « tratta, acquistata, e conservata precedentemente
 « alla pubblicazione della presente notificazione».

« Il subingresso legale nel caso sopra enun-
 « ciato competerà ai terzi possessori, e ai creditori
 « con ipoteca speciale per qualsivoglia titolo, o
 « causa, e così anche ai possessori delle Commen-
 « de di patronato privato, che si fonderanno nel-
 « l'Ordine di S. Stefano, e all'Ordine medesimo,
 « dal dì peraltro della trascrizione del contratto
 « di fondazione, non meno che agli assegnatarij
 « della rendita costituita da un terzo a favore di
 « chiunque sia ammesso a vestir l'abito per giu-
 « stizia nell'Ordine predetto, a forma dell'art. 9
 « del R. Motuproprio del 22 dicembre 1817, dal
 « dì della valida iscrizione dell'ipoteca speciale

« sui beni del terzo costituente la rendita preindicata ».

2080. La legge seconda, vale a dire quella del 25 dicembre 1819, dispone sul subingresso nel seguente modo: « *Art. 7.* Le disposizioni della « Legge del 27 luglio 1818 investono non tanto il « terzo possessore che paga il debito ipotecario « validamente iscritto sul fondo, ma anche quel « terzo possessore, che sopporti la vendita coatta, « o rilasci l'immobile ipotecato all'oggetto di ottenere la rilevazione, che di ragione, contro il « debitore principale, anche preferibilmente ai « creditori ipotecarij del medesimo, ai termini « sempre però della legge, e fino alla concorrenza « del prezzo erogato nella dimissione dei detti « creditori evincenti. — *Art. 8.* Il creditore con « ipoteca speciale evitto dai creditori con ipoteca « estesa ad altri beni del debitore, gode dello stesso « diritto, per esser preferito sopra questi beni ai « creditori posteriori alla data della iscrizione della « ipoteca evitta, ritenuta sempre, anche in questo caso, la disposizione della legge predetta. — « *Art. 9.* Le ragioni in tal guisa acquistate non « possono esser ritorte neppure in concorso contro « i creditori, ai quali originariamente appartenevano ».

2081. La legge terza, vale a dire quella del 2 maggio 1836, compendia le suddette disposizioni nel Cap. 13: ai seguenti articoli « *Art. 186.* Il subingresso legale nei diritti, ed ipoteche del cre-

« ditore dimesso compete, 1.° al possessore dell'im-
 « mobile che abbia estinto il debito ipotecario
 « validamente iscritto sull'immobile stesso di cui
 « fece acquisto, egualmente che all'altro che sop-
 « portasse la vendita coatta, o rilasciasse il fondo
 « ipotecato per ottenere la rivalsa di ragione so-
 « pra i beni del principal debitore; 2.° a quello
 « che ha estinto il debito cui era obbligato con
 « altri, e per altri; 3.° all'erede beneficiato che
 « con i propri assegnamenti ha dimessi i debiti
 « ereditarij; 4.° al creditore ipotecario che ha di-
 « messo altro creditore anteriore, o privilegiato. —
 « *Art. 187.* Il creditore con ipoteca speciale vinto
 « dai creditori anteriori con ipoteca estesa al-
 « l'universalità dei beni del debitore, subentra
 « per ministero della legge nei diritti, ed ipote-
 « che spettanti al creditore, o creditori evincenti
 « sopra gli altri immobili del debitore, per l'ef-
 « fetto unico di essere preferito sul prezzo di que-
 « sti immobili ai creditori posteriori in data alla
 « di lui iscrizione. Lo stesso diritto competerà
 « sugli altri fondi del debitore a quei creditori
 « speciali, che rimangono pregiudicati dal subin-
 « gresso del creditore speciale di cui si è detto di
 « sopra. — *Art. 188.* Le ragioni in tal guisa acqui-
 « state non possono esser ritorte neppure in con-
 « corso contro i creditori ai quali originariamente
 « appartenevano. — *Art. 189.* Fuori dei casi con-
 « templati di sopra non compete subingresso
 « quando non sia stato convenuto espressamente
 « dalle parti ».

2082. Occupandomi per ora del subingresso a favore dei terzi possessori evitti, premetto, che con questo nuovo mezzo si regola la sorte dei creditori e dei terzi possessori posteriori alla Legge del 27 luglio 1818, giacchè, come inducente un nuovo gius non può allegarsi a danno dei terzi aventi i diritti quesiti sotto le antiche leggi (*); e fatta tal premessa osservo, che la prima legge predica del subingresso nel diritto del creditore avente ipoteca generale, la seconda estende in certo modo questo subingresso poichè lo accorda non tanto al terzo possessore che dimetta il debito, ma anco a quello che sopporta la vendita coatta, o rilascia l'immobile ipotecato, ma sembra non avere limitato il subingresso nel solo caso in cui il creditore evincente vanta la ipoteca generale, avendo nel successivo art. 8 fatta la estensione del subingresso anco nel caso di concorso di due ipoteche speciali l'una più estesa dell'altra.

2083. La nuova Legge ipotecaria non ha nelle sue disposizioni usato sufficiente chiarezza poichè ha parlato del subingresso legale in genere, e quindi è tornata, parlando dei creditori evitti nella ipoteca speciale, a far parola dell'unico caso contemplato dalla Notificazione del 27 luglio 1818, vale a dire della evizione occasionata *per parte di creditori con ipoteca generale*, mentre ha limitato il subingresso nel caso del concorso *di creditori*

(*) Tesoro del Foro Toscano tom. 1. dec. 73.

anteriori con ipoteca estesa alla universalità dei beni del debitore.

2084. Salvo a riprendere a riguardo dei creditori la trattativa sul subingresso nel caso di evizione sofferta dal creditore con ipoteca speciale più estesa di quella competente al creditore evitto, rapporto al terzo possessore non sembra proponibile il dubbio, che a carico dei creditori dovremo discutere. La Legge del 2 maggio 1836 ha con nuova disposizione regolato il subingresso legale riunendo nell'art. 186 le disposizioni delle precedenti Leggi toscane a riguardo del terzo possessore evitto, adottando nel resto tale quale è scritto l'art. 1251 del Codice civile dei Francesi.

2085. Cosicchè nel modo stesso in cui il compratore, il quale dimette col prezzo un creditore iscritto sul suo fondo, subentra nelle ragioni d'ipoteca più estesa del creditore, egualmente deve aver luogo nel caso in cui il subingresso si operi a causa della evizione consumata con la vendita, o con il rilascio dei beni fatto dal terzo in seguito della ricevuta intimazione a pagare, o rilasciare i beni ipotecati.

2086. Esaurita questa prima ricerca resta a determinarsi il grado col quale potranno essere esercitate le ragioni ottenute per via del subingresso legale, e la quantità, ossia per qual concorrente somma potrà essere domandato il ripiano della sofferta evizione. La Legge ipotecaria toscana ha riunito, come ho detto, il disposto del

Codice civile e delle precedenti Leggi toscane, ed ha parificato la dimissione fatta del creditore alla verificata evizione, ed al rilascio del fondo come per tutti gli altri casi di subingresso di cui predica l'art. 1251 del Codice civile dei Francesi.

2087. Sarebbe stato desiderabile che il caso contemplato della *evizione*, e del *rilascio* avesse formato subietto di un diverso articolo scritto con la chiarezza in questo rapporto, che può attribuirsi all'art. 187; ed infatti il terzo possessore, il coobbligato, l'erede beneficiato, e il creditore ipotecario i quali dimettono con l'effettivo pagamento il creditore anteriore niun danno arrecano ai creditori posteriori, o intermedj, giacchè ciaschedun creditore prende rango secondo la data della rispettiva iscrizione, o secondo la natura del privilegio, e non sente danno se viene a domandar grado il creditore originario, o quello che con i propri denari formò il saldo del suo credito.

2088. Ma il terzo possessore evitto il quale risente la evizione in un titolo di acquisto che potrebbe essere posteriore ad altri creditori, o ad altri terzi possessori prendendo rango con la data, e col privilegio competente al creditore originario potrebbe offendere i creditori, e i possessori intermedj fra il credito dimesso, e l'atto del suo acquisto, lo che non è per la Notificazione del 27 luglio 1818, la quale aveva stabilito: « che per fissare l'antiorità, e il grado della ipoteca, che si acquisterà per via di detto subingresso legale ec.

« si avrà rapporto in quanto ai terzi possessori
« all'epoca della voltura dei beni ai libri estimali ».

2089. Non poteudo, nè dovendo supporre che con la nuova Legge ipotecaria si volesse stabilire l'assurdo avvertito, nè riaprire il campo alle tanto gravi questioni agitate fra gli antichi; ed i nuovi scrittori, sono di parere che relativamente a determinare l'utilità del grado che acquista il terzo possessore per mezzo del subingresso legale nelle ragioni del creditore che lo evince, debba tenersi come tutt'ora vigente la prima Legge toscana, dandosi al citato articolo 186 una interpretazione del tutto coerente allo spirito, ed alla lettera della legge, la quale introdusse fra noi il subingresso legale nel caso di evizione sofferta dal terzo possessore, o dal creditore nella sua ipoteca speciale.

2090. All'altra Legge del 25 dicembre 1819 dovrà farsi ricorso per determinare la quantità della somma che il terzo possessore potrà ripetere per mezzo del legale subingresso nel caso della vendita coatta, e del rilascio. Ed in fatti questa legge dichiarando quella del 27 luglio 1818 stabilì nel citato articolo che la rilevazione doveva competere al terzo possessore *fino alla concorrenza del prezzo erogato nella dimissione dei creditori evincenti*, per il fatto dei quali aveva effetto il nuovo subingresso legale.

2091. Un tal ricorso si reputa da me necessario in quanto che sebbene nella nuova Legge non sia stato letteralmente trascritto l'art. 8 della Legge

del 25 dicembre 1819, lo che avrebbe tolta ogni oscurità che d'ordinario s'incontra nella riunione delle diverse leggi (*), si rileva peraltro dal letterale disposto della nuova legge la necessità di ricorrere nel caso alle precedenti, mentre nel riportato art. 186 si accorda al terzo possessore evitto il subingresso *per ottenere la rivalsa di ragione sopra i beni del debitore principale*.

2092. La espressione usata dalla legge di accordare *la rivalsa di ragione* al terzo possessore evitto nello stesso periodo di disposizione, nel quale si parifica il caso della estinzione del debito ipotecario a quello della vendita coatta, o del rilascio del fondo ipotecato, rende necessario il ricorso a tutte le leggi precedenti, le quali il subingresso legale introdussero; e poichè le Leggi tanto romane, quanto francesi, nei casi nei quali lo ammessero non fecero che assistere il solo, e nudo fatto del pagamento colla finta cessione, e le nuove Leggi toscane ammessero la duplice finzione del pagamento e della cessione delle ragioni, così ragion vuole, che il subingresso si limiti a quella parte del prezzo, la quale è servita alla dimissione del creditore ipotecario anteriore avente ipoteca estesa sopra altri beni, onde alla finzione non si dia estensione maggiore di quella che si potrebbe dare alla verità delle cose.

2093. Nè si creda esser tale discussione pro-

(*) BACON. *De fontibus juris aphorismus* 52.

posta inutilmente da me, poichè tanto nel caso della vendita coatta quanto in quello del rilascio del fondo ipotecato può le mille volte verificarsi che alla fine il prezzo realizzato possa nella massima parte essere consumato dalle spese della vendita e da quelle dell'ordine, e possa pure essere erogato nella dimissione di qualche creditore anteriore avente ipoteca speciale, o un privilegio limitato e ristretto sopra i beni posseduti dal terzo possessore, per le quali circostanze poco o nulla si realizzi a favore di quel creditore istante che sebbene munito di una più estesa ipoteca portò la evizione, la quale al subingresso legale dà luogo.

2094. Niuno saprà impugnare che per il solo fatto della evizione si ammetterebbe in danno dei creditori posteriori e di altri terzi possessori la superfetazione delle ipoteche del creditore evincente, mentre andrebbe questo a prendere il suo grado sopra gli altri beni a lui ipotecati per esigere il credito non estinto, e quindi verrebbe pure a pretenderlo il terzo possessore.

2095. Il Legislatore toscano nella sua saviezza ha creduto, che i creditori posteriori ed i terzi acquirenti aventi titolo egualmente di una data più recente debbano essere indifferenti se vinti, o molestati rimangano per il fatto del creditore anteriore, o di altri che in luogo di questo succedano, per la ragione che dovevano nei loro calcoli porre nel giorno del loro contratto i beni estanti del comun debitore, e le iscrizioni tuttora

esistenti; ma quando per il fatto della sola evizione si desse luogo alla superfetazione delle iscrizioni, e si ponessero gli altri terzi in grado di dover soddisfare, e il creditore originario rimasto insoluto non ostante l'esperimento già fatto dell'azione ipotecaria sopra certi determinati beni, e i terzi ai quali può aver recato molestia, ciascheduno è in grado di giudicare che il calcolo ragionato sopra avvertito verrebbe a mancare, e si darebbe estensione per somma rilevante alla iscrizione del creditore anteriore portando a carico degli altri beni le sequele alle quali può aver dato luogo la procedura speciale per il titolo delle spese di una vendita coatta e di un giudizio d'ordine, le quali sebbene siano poste nella classe dei privilegi generali, non per questo possono riportarsi a carico dei beni che non furono in quella esecuzione compresi, come già fu da me avvertito (*).

(*) *Tom. I. §§. 75 e 76.*

CAPITOLO III.

*Degli effetti della Ipoteca nel concorso
fra i creditori.*

S O M M A R I O

- Modi per i quali secondo le Leggi romane poteva il creditore ipotecario soddisfarsi, perseguitando i beni a lui obbligati §. 2096.
- Il primo modo, vale a dire il possesso dei beni, si praticava dalle donne maritate per le assegnazioni delle loro doti §. 2097.
- Specialità del sistema ipotecario delle Leggi romane, nell'esercizio del diversi rimedj, ed azioni §§. 2098. 2099. 2100. 2101.
- Effetto limitato della ipoteca secondo le Leggi francesi, e abrogazione di tutte le differenti azioni ammesse dalle Leggi romane §§. 2102 e 2103.
- Disposto delle Leggi toscane dopo la restaurazione del Granducato §. 2104.
- Il diritto della ritenzione a qualche effetto, è dalle nuove leggi, e dalla consuetudine ripristinato §. 2105.
- Disposto della nuova Legge del 2 maggio 1836 che contiene disposizioni ammissive, ed abolitive sul diritto di ritenzione §. 2106.
- Disposto della nuova Legge del 7 febbrajo 1838 §. 2107.
- Diritto di ritenzione abolito dalle nuove leggi, e regole stabilite per l'esercizio del mandato ad alienare i beni ipotecati §. 2108.
- Metodo introdotto dalla nuova Legge per realizzare i beni §. 2109.
- Il diritto della ipoteca si trova riconcentrato nella prelazione deducibile nell'ordine §. 2110.
- Ragioni, che si adducono per dividere la trattazione della materia della prelazione fra i creditori in separate sezioni §§. 2111 e 2112.

2096. **A**l creditore ipotecario le Leggi romane concedevano tre distinti mezzi per ottenere la

sodisfazione del proprio credito perseguitando i beni ipotecati. Il primo mezzo consisteva nel domandare il possesso dei beni ipotecati per esigerne i frutti, imputandoli in estinzione del credito, il qual mezzo non differiva e si confondeva il più delle volte *coll'interdetto salviano*; il secondo mezzo era il pignoramento delle cose ipotecate, e la loro esposizione in vendita al pubblico incanto; il terzo era l'aggiudicazione dei beni ipotecati atteso l'esperimentato difetto di oblatori nella pubblica subasta (*).

2097. Il primo mezzo si praticava per lo più dalle donne maritate all'occasione della vergenza del marito alla inopia, e nella costanza del loro matrimonio; nel qual caso si concedeva ad esse il possesso e l'amministrazione di una parte del patrimonio del loro marito equivalente all'importare dei loro diritti dotali, onde potessero alimentare le loro persone, il marito ed i figli (*).

2098. Nell'esercizio di questi tre diversi mezzi con i quali si ponevano in moto le azioni ipotecarie, accadeva che esistesse concorso di altri creditori. Potevano alcuni pretendere d'insistere nel

(*) CARLEVAL. *De judiciis lib. 1. tit. 3. disput. 1. num. 15 et seq.* SCHETTIN. *De jure offerendi. Præfat. num. 2 et seq.*

(*) *Leg. Ubi adhuc. 29. Cod. de jure dot.* Per l'applicazione di questa legge fu dettata la procedura relativa dal Motuproprio del 2 aprile 1785: vedilo nel Repertorio di Diritto patrio alla caratteristica *Inibitoria per l'assicurazione di dote.*

possesso del pegno, altri nella vendita del medesimo; potevano disputare tra loro di prelazione nel possesso dei beni ipotecati, ossia vero di prelazione tanto per la distribuzione del prezzo realizzato quanto per l'aggiudicazione dei beni.

2099. Non esistendo la pubblicità delle ipoteche, non sempre poteva verificarsi che i creditori potessero regolare l'ordine delle loro ipoteche nel modo, che sotto i nuovi sistemi si pratica, poichè sebbene esista nel Codice Giustiniano una legge (*), la quale sembra ritenere, che nelle vendite al pubblico incanto l'avviso dato con pubblici editti servisse a rendere scienti i creditori della alienazione, e li ritenesse come consenzienti alla medesima, i Dottori ed i Tribunali ritennero doversi questa referire ai creditori comparsi nel giudizio, ed in conseguenza scienti, e consenzienti all'alienazione dei beni, e alla distribuzione del loro prezzo, o all'aggiudicazione ad altri fra i creditori comparsi (*).

2100. Non mancando pertanto le occasioni di disputare fra i creditori del diritto della ritenzione dei beni tanto avanti la esecuzione delle sentenze che accordavano la costituzione del pegno pretorio o il possesso dei beni con titolo di salviano, quanto dopo le aggiudicazioni ed il preso

(*) *Leg. si eo tempore 6. Cod. De remissione pignoris.*

(*) MARCIANI *Disput. forens. lib. 1. disput. 11. num. 29 et seq.*

possesso, le Leggi romane doverono stabilire l'esercizio dei diritti dei creditori ipotecarj, e ritenuta la regola *prior in tempore potior in jure*, in qualunque dei tre indicati mezzi provvedessero all'interesse dei creditori posteriori col *gius offerendi*, per mezzo del quale il creditore posteriore otteneva il subingresso nelle ragioni del creditore anteriore, a cui doveva essere pagato liberamente ogni suo credito in capitale, frutti e spese (*).

2101. Il creditore anteriore al quale veniva offerto il suo credito non poteva evadere da tale rimedio se non paralizzando la offerta con fare esso al creditore posteriore il pagamento del di lui credito (*). Talvolta ancora il creditore posteriore senza esercitare il *gius offerendi* otteneva di poter vendere i beni ipotecati alla subasta sebbene il creditore anteriore dissentisse, all'oggetto soltanto di poter profittare della differenza del prezzo che poteva risultare a suo favore, dimesso il credito ipotecario anteriore (*).

2102. Introdotto fra noi il sistema ipotecario francese, disparvero i rimedj ipotecarj della reten-

(*) *Leg. Potior* 11. §. ult. ff. *Qui pot. in pign. habent*. Gravissima era la disputa sul diritto di offrire il credito alla donna che domandava l'assicurazione delle sue doti costante il matrimonio. Per avere una perfetta idea di quella disputa convien consultare lo SCHETTIN. *De jure offerendi part. 1. cap. 3. sect. 1. num. 38. et seq.*

(*) SCHETTIN. *Loc. cit. num. 69.*

(*) *Idem Loc. cit. sect. 4. num. 26 et seq.*

zione e dell'aggiudicazione dei beni, in quanto che la ipoteca nei suoi effetti fu circoscritta in certi limiti, dandosi al creditore soltanto il diritto di esporre in vendita al pubblico incanto i beni ipotecati, e di concorrere sul prezzo realizzato per ottenere la distribuzione con prelazione ai creditori posteriori (*).

2103. Oltre il limitato effetto della ipoteca non potè verificarsi giammai la inesistenza di un liberatario, in quanto che ogni creditore istante dovè secondo le Leggi francesi esporsi ad assumere questa veste per mezzo di una offerta la quale era succeduta da una aggiudicazione, che il Codice di Procedura civile chiama preparatoria (*).

2104. Dopo la restaurazione del Granducato, come già notai, fu di nuovo introdotto il giudizio della immissione in salviano, fu ammessa l'aggiudicazione compensativa verificato il difetto di oblatori nelle vendite coatte (*), alle quali innovazioni la pratica aggiunse, e volle ripristinata la immissione con titolo di tenuta sopra i beni immobili per l'assicurazione delle doti a favore delle mogli nella costanza del matrimonio, quando si verificava la vergenza all'inopia dei loro mariti (*).

(*) TROPLONG *Comment. tom. 2. num. 386.*

(*) *Codice di Procedura civile art. 697.*

(*) *Tom. I. Prefaz. pag. xxvii e xxviii.*

(*) Sopra questo articolo la giurisprudenza dei Tribunali non fu costante. La maggior parte accordò l'assicura-

2105. Le citate Leggi, e la consuetudine di giudicare dei nostri Tribunali riportarono nell'esercizio della ipoteca il diritto della ritenzione se non per tutti gli effetti almeno per ciò che atteneva alla percezione dei frutti dei beni ipotecati, e dettero all'aggiudicazione compensativa una forma la più efficace e la più sicura, poichè dentro la concorrente quantità del credito per il quale era stata domandata la vendita coatta, il creditore acquistava i beni liberi, e purgati da tutte le ipoteche certe, ed esigibili tanto anteriori quanto posteriori al credito per il quale si operava l'aggiudicazione, escludendo così il *gius offerendi* riservato ai creditori dalle romane Leggi (*).

2106. La nuova Legge ipotecaria del 2 maggio 1836 ripetendo nella più gran parte le regole fondamentali del diritto ipotecario francese, ed

zione delle doti, escludendo nei creditori posteriori il diritto di offrire alla donna la sua dote e di domandare la subasta dei beni: *Tesoro del Foro Toscano tom. 1. dec. 83 e 86, e tom. 14. dec. 60*. La Rota di Pisa ritenne che l'assicurazione non impediva ai creditori posteriori il diritto di provocare la vendita dei beni: *tom. 20. dec. 53. num. 12. 15. e 14*, e finalmente con la sua sentenza del dì 6 maggio 1853 in causa Mazzei, Aruch e Accademia dei Ravvivati stabilì che la donna non aveva il diritto d'impedire la vendita giudiziale, ma neppure l'altro di sottoporre il creditore posteriore all'onere di sopportare in proprio le spese delle subaste se non si fosse realizzato un prezzo sufficiente a soddisfarla dei di lei crediti.

(*) *Regolamento di Procedura civile art. 893 e 946.*

a questo portando modificazione nel senso della assoluta pubblicità, con l'articolo 64 ha espressamente dichiarato che intendeva di non concedere il diritto della ritenzione per mezzo della ipoteca, mentre parlando della ipoteca legale competente alle donne maritate ha in lettera stabilito: *che in nessun caso (sono parole di quell'articolo) l'esercizio del suo diritto può giovare alla donna per impedire nel concorso di altri creditori la vendita degli immobili obbligati alla medesima, e la erogazione del loro prezzo nel modo, e nei termini di ragione (*)*.

2107. A questa legge ipotecaria è succeduta la legge speciale sopra i giudizj esecutivi del 7 gennaio 1838, la quale sta oggi per noi come sta per i Francesi, il Codice di Procedura civile. In questa legge è stata compita l'opera della distruzione di ogni diritto di ritenzione con l'abolizione del giudizio del salviano, quindi all'aggiudicazione compensativa ammessa dal Regolamento di Procedura civile nel difetto di oblatori ai pubblici incanti dopo i regolari, e ripetuti sbassi sul valore assegnato ai beni dai Periti eletti dal Tribunale è stata sostituita la prelativa aggiudicazione ai cre-

(*) Una simile disposizione si contiene nel §. 1628 del Regolamento legislativo giudiziario del S. P. Gregorio XVI, sebbene sia stata ammessa a favore delle donne maritate l'assicurazione delle doti costante il matrimonio, la quale porta per esse l'unico beneficio di percipere i frutti dei beni in luogo dei frutti dotali.

ditori, obbligandoli per altro a rappresentare il prezzo alla pari dei compratori estranei col beneficio soltanto di un maggior ribasso sul valore assegnato dalle stime giudiziali; ed in difetto di questa aggiudicazione è stata ordinata quella dei beni in natura ai creditori secondo la quantità dei loro crediti, e secondo il grado ai medesimi dalla rispettiva ipoteca assicurato (*).

2108. Secondo la nuova Legge non può più disputarsi sulla ritenzione dei beni ipotecati in quanto che oltre non avere mai i creditori l'amministrazione dei beni, i loro frutti si accrescono alla massa distribuibile, e diconsi perciò immobilizzati (*). La facoltà di valersi del mandato dal debitore concesso per alienare i suoi beni si esercita dai creditori non in ragione della prelazione competente alla propria ipoteca, ma in ragione della prevenzione nell'iniziare il giudizio, che nel caso di negligenza o della dimissione del creditore istante può da qualunque altro creditore essere proseguito (*).

2109. Nel sistema delle nuove Leggi toscane si ottiene la realizzazione dei beni ipotecati, 1.° nella vendita di questi al pubblico incanto; 2.° nella vendita fatta privatamente dal debitore succeduta dalle formalità della offerta, e notificazione da farsi

(*) Legge del 7 gennaio 1858, art. 126 e 128.

(*) Detta legge art. 61 e 62.

(*) Detta legge art. 73, 175 e 176.

ai creditori ipotecarij; 3.° nell'aggiudicazione prelativa dei beni rimasti invenduti dopo esperimentati gl'incanti a qualche creditore, che la domandi nei termini assegnati; 4.° nell'aggiudicare i beni invenduti in natura ai creditori fino all'importare dei loro rispettivi crediti soltanto riconosciuti, ed ammessi nel successivo giudizio d'ordine.

2110. Nell'ordine pertanto dei creditori, e nell'esperimento del solo gius della prelazione si limitano, e diremo meglio si riconcentrano tutti gli effetti della ipoteca nel concorso fra i creditori, ma l'ordine nel quale deve la prelazione rispettiva concedersi è soggetto a molte, e varie questioni.

2111. Esistono regole generali per stabilire quest'ordine, ma talvolta queste regole sono soggette a discussione particolare o in ragione del concorso delle diverse specie d'ipoteca generale o speciale, o in ragione degli ostacoli che all'esercizio della ipoteca può portare il fatto dello stesso creditore, o la trasmissione avvenuta dei beni ipotecati nei successori e aventi causa dal debitore, e finalmente in ragione della collocazione dovuta alle ipoteche eventuali le quali formano, per così dire, una calamità resa comune a tutti i patrimoni.

2112. Per la retta esposizione delle teorie e delle diverse questioni credo utile di dividere la trattazione del presente capitolo in tante separate sezioni, proponendomi di esporre nella prima le regole generali attenenti all'ordine dei creditori, nella seconda le particolari regole attenenti al-

l'ordine delle ipoteche per la loro diversa natura, nella terza le specialità che attengono all'ordine per il fatto dei creditori, nella quarta le variazioni e limitazioni, alle quali le regole generali possono essere soggette per il trapasso dei beni negli aventi causa dal debitore, nella quinta finalmente delle specialità che attengono all'ordine dei creditori per la collocazione delle ipoteche eventuali.

SEZIONE PRIMA

*Delle regole generali attenenti all'ordine
dei creditori.*

S O M M A R I O

Regola generale per l'ordine dei creditori ipotecarij stabilita dalle Leggi romane §. 2113.

La prelazione accordata al creditore si estendeva agl'interessi ed alle spese §. 2114.

Legge toscana, e regole stabilite da questa per l'ordine dei creditori §§. 2115 e 2116.

Dichiarazioni che succedono alle dette regole §. 2117.

Limitazione indotta dalla Legge toscana sopra gl'interessi §. 2118.

Comparazione di queste regole con quelle delle Leggi romane §. 2119.

Comparazione simile con quelle delle Leggi francesi §. 2120.

Osservazione sulla specialità indotta dall'art. 110 della Legge toscana §. 2121.

Si propone di applicare le accennate regole, dichiarazioni, e limitazioni §. 2112.

La regola che la ipoteca si colloca con la data della iscrizione si limita in molti casi §. 2125.

La detta regola si limita per le ipoteche precedenti al 1808, e così per il disposto delle leggi transitorie §. 2124.

Si limita nel caso delle ipoteche legali rimaste in stato di esenzione fino alla Legge del 9 maggio 1836 §. 2125.

Spiegazione, ed applicazione della seconda regola relativa al contributo dei creditori inseriti in uno stesso giorno §. 2126.

Spiegazione, ed applicazione della terza regola sopra gl'interessi §. 2127.

Limitazioni che suggerisce a questa regola la Giurisprudenza francese §. 2128.

Osservazioni sulle medesime §. 2129.

Osservazioni sopra la limitazione indotta per i frutti decorsi dopo l'aggiudicazione §§. 2130. 2131. 2132. 2133. 2134.

Disposto limitato delle Leggi toscane su tale articolo §. 2135.

Ragioni per ammettere la collocazione per i frutti oltre il quadriennio, esercibile sopra i soli frutti del prezzo §§. 2136. 2137. 2138. 2139. 2140.

Spiegazione della quarta regola §. 2141.

Disposto del Regolamento toscano sopra le spese considerate come accessorie al credito §. 2142.

Disposto del Codice parmigiano e del Regolamento pontificio sopra tale articolo §. 2143.

Simile del Codice del Re di Sardegna §. 2144.

Cause che hanno suggerito la escursione storica dei diversi Codici sopra questo articolo §. 2145.

Enumerazione delle spese per le quali è concesso il grado con la data della iscrizione, ed esclusione delle spese occorse per canonizzare il credito per la Legge toscana §. 2146.

Distinzione delle spese occorse per la dichiarazione di credito, che addivene ipotecario in forza della sentenza, o per la dichiarazione di credito che era già ipotecario precedentemente §. 2147.

La distinzione non dirime ogni controversia §. 2148.

Modo d'interpretazione diretto a supplire al silenzio della Legge toscana sulle spese necessarie per ottenere la canonizzazione del credito §. 2149 e 2150.

Osservazioni sull'articolo dei danni considerati o come credito principale, o come accessori §. 2151.

Le nove iscrizioni ammesse per gl'interessi sono facoltative per il creditore, al quale spetta la scelta dei quattro anni concessi dalla legge §§. 2152 e 2153.

Ragioni che hanno indotto il Legislatore a stabilire la tassa sull'interesse nel caso di silenzio sopra gl'interessi §. 2154.

Ragioni che hanno suggerita la facoltà di convenire la conservazione della ipoteca per un maggior cumulo di anni d'interessi §. 2155.

Necessità della espressa convenzione §. 2156.

Intelligenza da darsi alla legge sul patto permissivo della iscrizione §§. 2157. 2158. 2159.

Il patto che la legge richiede si risolve in un'anticipata autorizzazione del creditore ad inscrivere gl'interessi decorrendi §. 2160.

Spiegazione dell'ultima regola che ammette il contributo fra i creditori §§. 2161 e 2162.

Casi nei quali ha luogo il contributo §§. 2163 e 2164.

Quali sono i creditori semplicemente chirografarj §. 2165.

Quando anco gl'ipotecarj si considerano chirografarj §§. 2166 e 2167.

Casi nei quali il creditore ipotecario è obbligato a discendere nella classe del chirografarj §§. 2168. 2169. 2170.

Nel caso di vendita privata e di tardiva iscrizione non possono più indursi le distinzioni indotte dalla pratica francese, nè dal Regolamento toscano §. 2171.

Necessità di determinare se nel caso di vendita coatta le ipoteche costituite dal debitore, e non iscritte siano efficaci §. 2172.

Si esclude dalla vendita coatta l'applicazione delle regole proprie ai fallimenti §. 2173.

Necessità di stabilire il termine in cui queste ipoteche debbono essere iscritte §. 2174.

Omissione della Legge del 7 febbrajo 1838 §. 2175.

Previsione del Regolamento di Procedura civile §. 2176.

Necessità di ricorrere a questo regolamento, ed utilità della iscrizione accesa dentro il giorno della sentenza che approva la liberazione §. 2177.

Necessità dimostrata di stabilire le regole da adottarsi per il contributo §§. 2178 e 2179.

Si ritiene per principio che i creditori chirografarj non hanno maggiori diritti del loro debitore §. 2180.

Casi nei quali i creditori chirografarj non possono pretendere la distribuzione delle reliquie di un prezzo §. 2181.

I creditori chirografarj debbono o col sequestro, o con la sollecita loro comparsa nel giudizio di vendita, e dell'ordine impedire che il debitore concordando con gl'ipotecarj esiga i residui del prezzo §. 2182.

Quando si dà luogo alla distribuzione fra i creditori *per aes et libram*, e così ad un tanto per cento sopra i rispettivi crediti §. 2183.

2113. **U**na sola regola semplicissima, secondo le Leggi romane, aveva luogo nella collocazione dei creditori ipotecarj dopo che erano stati soddisfatti i creditori ipotecarj assistiti dal privile-

gio. Questa regola era con poche parole stabilita *prior in tempore potior in jure* (*).

2114. Il creditore a cui il tempo ossia l'antepriorità del titolo accordava la prelazione, aveva il diritto di esigere non solo il capitale ma ancora tutti gl'interessi nello stesso titolo convenuti, sebbene posteriormente decorsi, secondo l'espresso disposto della *Leg. Lucius Titius ff. Qui pot. in pign. habeantur*, la quale veniva dai Tribunali estesa alle spese fatte per sostenere la esigibilità, e la liquidazione del credito con la data del suo titolo, quantunque in progresso di tempo si fossero sopportate (*).

2115. La nuova Legge toscana del 2 maggio 1836 contiene tanto nel Capitolo I. quanto nel Capitolo X. varie disposizioni, con le quali il Legislatore ha creduto di potere stabilire le regole e dichiarazioni utili per determinare l'ordine dei creditori.

2116. Cinque sono le regole di gius toscano che interessano l'ordine dei creditori, e sono le seguenti, cioè: 1.° che salvi i casi di eccezioni il grado dell'ipoteca è determinato dalla data materiale della iscrizione (3); 2.° che ha luogo il contributo fra i creditori iscritti in un medesimo gior-

(*) *Leg. 15. ff. Qui pot. in pign. habeantur. Leg. 4. Cod. eodem.*

(*) *Rot. Rom. cor. Seraph. dec. 891. num. 2. et seq.*

(*) *Legge del 2 maggio 1836, art. 106.*

no (*); 3.° che si concede l'istesso grado del capitale originariamente fruttifero, e come tale indicato nella iscrizione per soli tre anni di frutti decorsi, e della successiva annata, e così per intieri quattro anni (*); 4.° che nel grado del capitale devono esser poste le spese dell'atto costitutivo della ipoteca, della di lei iscrizione, e della comparsa nel giudizio d'ordine (*); 5.° che mancando la prelazione a favore dei creditori concorrenti debbono tutti essere collocati per contributo sul prezzo distribuibile e ricavato dai beni del debitore (*).

2117. Queste regole sono succedute dalle seguenti dichiarazioni, cioè: 1.° che per un maggior cumulo di frutti è necessario che venga accesa alla rispettiva scadenza una nuova iscrizione, dalla data della quale prende rango la ipoteca per detti interessi, sebbene nel titolo costitutivo della ipoteca convenuti (*); 2.° che allora quando nella nota non è espressa la misura del frutto deve ritenersi dentro la sola ragione del 5 per cento all'anno in pregiudizio dei creditori concorrenti sebbene maggiore fosse la tassa convenuta o decretata, e che si debba stare alla convenzione nel caso in cui la tassa sia minore (*).

(*) *Legge del 2 maggio 1836, art. 107.*

(*) *D. L. art. 108.*

(*) *D. L. art. 113.*

(*) *D. L. art. 2.*

(*) *D. L. art. 109.*

(*) *D. L. art. 112.*

2118. Hanno termine le disposizioni legislative con una limitazione solenne, dichiarando l'articolo 110 della detta Legge « che non è impedito
 « però (sono parole dell'articolo) alle dette parti
 « contraenti di estendere la ipoteca del capitale
 « e tutti gli effetti della medesima anche ad un
 « cumulo di annate maggiore del triennio quando
 « ne formino un patto speciale, e ne prendano la
 « corrispondente iscrizione ».

2119. Le prime quattro regole di gius Toscano sono modificative del romano Diritto, perchè non più la data della *ipoteca* si desume da quello del titolo che la costituisce, ma dalla iscrizione che la conserva, e ciò accade in ragione dell'adottato principio della pubblicità. Non si misura più l'anteriorità a ore e momenti come facevasi secondo il romano Diritto, ma soltanto a giorni onde non cada il sospetto di frodi e di collusioni nei pubblici registri, creati per escludere le une e le altre; e si modifica la sorte degli accessorj dei crediti.

2120. Le disposizioni precitate sono in parte seguaci, in parte declarative, e in parte modificative del gius francese. Si seguita il gius francese con la prima, e la seconda regola con l'adozione degli articoli 2134 e 2147 del Codice civile di quel Regno; si seguita nella terza regola con l'adozione (salvo l'aumento di un anno d'interessi) della prima parte dell'articolo 2151 del detto Codice; si dichiara nella quarta regola quanto al

rango accordato per le spese dell'atto, e della iscrizione l'art. 2155 del Codice, mentre questo porta le prime a carico del debitore, ma omette di stabilire il grado che i nuovi codici hanno con maggiore chiarezza assegnato; si modifica nella medesima quarta regola in quanto che non più le spese della comparsa nel giudizio d'ordine al singolo creditore si prelevano dalla massa distribuibile senza aver riguardo alla inutilità del suo grado, come prescrive l'articolo 759 del Codice di Procedura civile dei Francesi, il quale era rimasto corretto fino dell'anno 1814 dal Regolamento toscano con gli articoli 932 e 933 ivi contenuti. Relativamente alla quinta regola vi è concordia fra la nuova Legge ed il Codice civile, salvo quanto fu già osservato da me nel §. 10. tom. I, e quanto alle dichiarazioni di sopra esposte vi è concordia fra la prima e l'istesso articolo 2151 del codice civile: la seconda dichiarazione è diretta a supplire al silenzio del detto articolo.

2121. La limitazione della quale predica l'articolo 110 della toscana Legge, per quanto ho potuto conoscere, non è tratta da altro codice; quindi la disposizione come nuova non può essere interpretata con la comparazione di altre leggi. È per altro vero che per l'oggetto di sottrarsi dalla disposizione dell'art. 2151 del Codice civile, si è in qualche Provincia della Francia immaginato di stabilire con espressa convenzione il diritto nel creditore di accendere la iscrizione per un nume-

ro di anni oltre la tassa stabilita da quell'articolo (*).

2122. Premesso il quadro storico e comparativo delle diverse disposizioni, passo a trattare della applicazione delle citate regole, dichiarazioni, e limitazioni.

2123. La regola che la ipoteca dev' essere collocata con la data della iscrizione si limita nei casi espressamente indicati dalla legge stessa. Uno di questi casi è quello contemplato in lettera dal Cap. 9. della Legge ipotecaria agli articoli 97 e seguenti a riguardo delle donne maritate, per le ipoteche le quali esistono a carico dei loro mariti, degli ascendenti di questi, ed a riguardo dei minori e interdetti a carico dei tutori, curatori, e dei patrigni, le quali ipoteche sono dalla legge lasciate in stato di esenzione dalla inserizione per lo spazio di un mese dalla loro data; l'altro è quello delle ipoteche precedenti alla domanda di voltura da farsi dai terzi acquirenti, che possono iscriversi dentro un mese dal dì della medesima; il terzo è quello delle ipoteche già costituite, e non iscritte prima della morte del costituente, ma che sono accese nel termine prescritto dalla Legge ipotecaria a forma dell'art. 90. Di questi due ultimi casi terrò di nuovo parola nella sezione quarta del presente capitolo.

(*) TROPLONG *Comm. tom. 2. Supplement. au Comm. de l'art. 2151. num. 700 bis, 700 ter, et 700 quat.*

2124. Se poi alle disposizioni transitorie di questa legge e delle precedenti si fa ricorso, è necessario rammentare, che tutte le ipoteche costituite anteriormente al 1.º maggio 1808 si collocano con la data del titolo se è autentico, o se è privato quando è purgato dal sospetto dell'antidata (*),

I. Se furono iscritte nei termini prescritti dalle Leggi transitorie francesi (*);

II. Se furono rinnovate ancorchè addivenute eventuali per esser passate in un terzo possessore il quale abbia ommesso di praticare le formalità per purgare i propri beni, nei termini e nei modi prescritti dalle Leggi del 25 dicembre 1819, e del 19 febbrajo 1820 (*);

III. Se le loro iscrizioni furono rinnovate nei modi e forme prescritte dalle nuove Leggi del 2 maggio 1836, 9 giugno e 27 dicembre 1837 (*).

2125. Se si tratta delle ipoteche legali esenti da iscrizioni tanto anteriori al 1.º maggio 1808 quanto posteriori, ma anteriori alla Legge del 2 maggio 1836, la collocazione dovrà concedersi con la data della loro costituzione, e non dalla in-

(*) Per la retta applicazione di questa regola conviene aver presente quanto da me fu osservato rapporto alle ipoteche legali *lib. II. §§. 999. 1000. 1001. 1008*, e rapporto alle ipoteche convenzionali *lib. II. §§. 1497. 1498. 1499. 1506. 1507. 1508. 1509. 1510. 1511. 1512*.

(*) *Lib. II. §§. 1717 e 1720. not. 1.*

(*) *Id. §§. 1726. 1727 e 1728.*

(*) *Id. §. 1731.*

scrizione quando siano debitamente iscritte nei tempi e modi prescritti dalla nuova legge. Pongo fine a queste avvertenze col rinviare a quanto su dette ipoteche legali, e sopra tutte le ipoteche convenzionali, e giudiziarie io già ne scrissi nel Libro II. cap. V. sez. II. sopra i termini utili per la iscrizione.

2126. Sopra la seconda regola portante che i creditori latori di titoli con diversa data, ma iscritti nel medesimo giorno, debbono avere il grado in contributo, debbo osservare che ad oggetto che abbia luogo il contributo fra i creditori iscritti nel medesimo giorno è necessario che si verifichi il concorso dei creditori sopra un medesimo fondo, vale a dire che si tratti d'ipoteca speciale limitata ai medesimi fondi, o d'ipoteca egualmente legale e generale iscritta al di là dei termini, nei quali è a questa concesso lo stato di esenzione, poichè se si tratterà d'ipoteca diversa o anche più estesa il contributo non potrà verificarsi, o si verificherà a riguardo del subietto sul quale cadono le ipoteche o speciali o generali iscritte nel medesimo giorno, come pure non potrà parlarsi di contributo se si tratterà d'ipoteca a riguardo della quale non concorra il bisogno di concedere il grado con la data della iscrizione per la circostanza che la ipoteca possa spiegare la sua forza ed efficacia al di là della data della iscrizione medesima.

2127. Parlando della terza regola relativa alla

quantità dei convenuti interessi per il numero limitato di anni, la nuova Legge toscana mentre ha ritenuto la disposizione del Codice civile dei Francesi ha creduto di dovere ampliare, seguendo l'esempio di altri Codici più recenti, il numero degli anni degl'interessi arretrati, e così facendo l'utile dei creditori ipotecarj ha conservato una regola oramai adottata da tutti i nuovi Codici, e che la esperienza trova utile all'oggetto che i posteriori contraenti possano avere una norma sicura per apprezzare gl'impegni del loro debitore, essendo indubitato che il disposto della *L. Lucius Titius ff. Quib. pot. in pignor. habeant.*, sebbene assistito dai più sani e filosofici principj, male si adatta in tutta la sua estensione al sistema della pubblicità delle ipoteche.

2128. Contro questa regola insorge la Giurisprudenza francese in limitazione del disposto dell'art. 2151 del Codice civile con un numero esorbitante di limitazioni, la *prima* delle quali è stabilita a favore dei creditori ai quali è concessa la ipoteca esente dalle iscrizioni per i capitali, talchè si attribuisce il grado per tutti gl'interessi senza distinzione (*): la *seconda* limitazione è stabilita per gl'interessi decorsi dopo la pubblica aggiudicazione, e pendente il giudizio d'ordine (*):

(*) *PERSIL Comment. art. 2151. num. 7. TROPLONG Comment. tom. 3. num. 701.*

(*) *Idem Loc. sup. cit. num. 6. TROPLONG Comment. tom. 3. §§. 698 bis e 699 bis.*

la *terza* è stabilita a favore del venditore per i frutti dovuti sul resto del prezzo (*): la *quarta* è stabilita a favore dei creditori, e legatarij del defunto, i quali avendo conservato il beneficio della separazione dei patrimonj convertito in privilegio, debbono essere disinteressati tanto per l'intero capitale, quanto per tutti gl'interessi e spese senza distinzione, avanti che il prezzo dei beni ereditarij possa essere distribuito a favore dei creditori dell'erede (*).

2129. Senza che io qui ripeta ciò che annunziai a riguardo delle ultime limitazioni (*), osserverò non potersi della prima parlare sotto l'impero della Legge toscana per essere venuto a mancare con la proclamata assoluta pubblicità delle ipoteche lo stato della esenzione, sulla quale i Giureconsulti francesi hanno basata la limitazione medesima; quindi o donne maritate, o pupilli, o interdetti essi siano al capitale conservato con la prima iscrizione senza altra dichiarazione (ammettendo senza difficoltà le doti, e i capitali pupillari come di loro natura fruttiferi nei congrui casi) potrà solo accordarsi il cumulo dei frutti quale ammette la Legge ipotecaria toscana nel citato articolo 108.

2130. Resta a trattare della seconda limitazione,

(*) *PERSIL Comment. art. 2151. num. 8.*

(*) *Idem Loc. sup. cit. num. 10.*

(*) *Lib. I. §§. 398. 399. 400. 401. 402. 524. 525. 528.*

vale a dire dei frutti decorsi dopo l'aggiudicazione dei beni, o dopo la offerta fatta nel giudizio che s'instaura dal terzo possessore che vuol purgare la sua proprietà. Sotto l'impero del Codice civile dei Francesi ed allorchè vigeva il Codice di Procedura civile pubblicato fra noi sotto il Governo Imperiale, poteva la questione risolversi per le disposizioni declarative alla materia che esistono in quel Codice di Procedura civile.

2131. Dispongono gli articoli 758 e 767 del detto Codice, che non esistendo contestazioni sul processo verbale dell'ordine a riguardo dei creditori anteriori, dev'essere di questi eseguita la collocazione, e la spedizione del mandato; ed a loro riguardo deve cessare il corso degl'interessi.

2132. Soggiunge l'articolo 770, prevedendo il caso delle contestazioni sopravvenute, quanto segue: « La parte pignorante, ed il creditore per il « pagamento dei quali i fondi non bastassero hanno « il loro regresso contro coloro che nella conte- « stazione sono rimasti soccombenti, onde rifon- « dano gl'interessi, ed i frutti decorsi nel tempo « delle dette contestazioni ».

2133. Da questa disposizione si poteva argomentare, e si argomentava di fatto, che i creditori anteriori pendente il corso del giudizio di graduatoria avevano diritto, o il prezzo fosse, o non fosse fruttifero, di avere tutti gl'interessi quasi come appendice di quelle annualità ammesse dal detto articolo 2151 del Codice civile, salva la rivalsa competente contro i succumbenti nel giudizio.

2134. Dopo che il giudizio di graduatoria aveva avuto il suo compimento, o perchè era chiuso il processo verbale di collocazione senza contestazioni, o perchè il Tribunale vi avesse deciso sul rapporto del Giudice delegato, i frutti a favore dei creditori dovuti in forza dei loro titoli cessavano di pieno diritto, poichè il rilascio del mandato sulla nota ipotecaria teneva luogo di pagamento; ma se il prezzo fosse stato sempre dal compratore in sue mani conservato, quando non vi fosse stato un patto ostativo alla decorrenza del frutto, poteva con giustizia pretendersi dai singoli creditori l'interesse dal compratore, non più in ordine al loro titolo originario, ma in forza del titolo della liberazione, o della vendita che rende qualunque prezzo fruttifero in ordine al notissimo testo nella *Leg. Curabit. Cod. De act. empt.*

2135. La nuova Legge ipotecaria toscana limita le sue disposizioni alla pari del Codice civile, e la Legge del 7 febbrajo 1838, che deve per noi tener luogo del Codice di Procedura civile, non ripete il disposto degli articoli 758. 767. 770. del Codice di Procedura civile dei Francesi, mentre all'opposto senza distinzione alcuna accorda al compratore all'incanto il diritto di depositare il prezzo dopo sei mesi dal dì della liberazione, e lo assolve dal pagamento dei successivi interessi per sottrarlo così dal danno che può a lui avvenire per ogni ritardo del successivo giudizio d'ordine.

2136. Premesse le citate avvertenze sul dispo-

sto delle nuove leggi, per sostenere che siano dovuti i frutti ai creditori oltre il quadriennio, non vi è altro fondamento che quello di ritenere dovuti gl'interessi ai creditori anteriori in ragione della realizzazione della loro ipoteca retrotraibile al dì della liberazione, ritenendo per ingiusto che debba cedere al beneficio e comodo dei creditori posteriori l'interesse legale di un prezzo, che nelle mani dei creditori anteriori dovevasi sino dal giorno della vendita pagare (*).

2137. Partendo da questo principio, io osservo che i creditori posteriori non possono frapporre ostacoli alla distribuzione del prezzo per profittare del cumulo degl'interessi, che il prezzo stesso può produrre, e così per la stessa ragione non possono, elevando inutili dispute, procurare il danno dei creditori anteriori differendo il giudizio al dì là del termine in cui può accadere che il prezzo stesso a causa del fatto deposito si renda infruttifero, e perciò potranno dietro le istanze da farsi dai creditori medesimi, essere condannati alla piena re-fusione dei danni (*).

(*) Merita di essere seguitata la *Dec. 57. del tom. 20. del Tesoro del Foro Toscano*, nella quale si stabilisce che i frutti posteriori alla liberazione formano un debito personale del liberatario verso i singoli creditori.

(*) La Corte Regia, nella causa relativa alla Graduatoria dei creditori Poschi, nel dì 28 luglio 1843 dichiarò cessati i frutti dei creditori dopo li effettuati depositi; ma non decise sull'articolo dei danni procurati dal ritardo sofferto dai creditori per le opposizioni, e per l'appello.

2138. Ma non esistendo fra noi in vigore l'articolo 770 del Codice di Procedura civile dei Francesi, è un errore (quale vedo molto spesso praticato con farsi seguaci, senza il dovuto e necessario critico esame, delle decisioni dei Tribunali francesi) quello di accordare ai creditori i frutti decorrendi dopo l'aggiudicazione col grado del capitale senza limitazione di tempo, nel danno dei creditori posteriori, e senza distinguere se siano o no dovuti dall'aggiudicatario (*).

(*) Non mancano decisioni che ritengono essere dovuti i frutti posteriori alla liberazione per esser necessario il ricorso alla *L. 18. ff. Qui pot. in pignor. habeantur*, come in termini di concorso universale dei creditori ritenne la *Rot. Rom. in Romana graduationis 12 dicemb. 1828 cor. Patrizi, int. recoll. a Tranquilli De re hypot. tom. 9. dec. 43. num. 18. et seq.*, o per l'altra ragione che i creditori mancherebbero della facoltà di accendere nuove iscrizioni, e che con la liberazione e vendita dei beni siasi chiuso lo stato ipotecario dei creditori come ritenne sempre, in termini di concorso universale, il Supremo Consiglio nella *dec. 10. del Tesoro del Foro Toscano tom. 38*, e finalmente per un certo rispetto alla consuetudine di giudicare come allegò la Corte Regia nel 2 maggio 1840, *Annali di Giurisprudenza, anno suddetto, part. 2. pag. 421*. Aperto il concorso dei creditori, i beni andavano in potere della Curia insieme con tutti i frutti da questi ricavabili, talchè per accordare quelli dovuti ai creditori anteriori concorrono le stesse ragioni che militano per attribuire i frutti dei prezzi ai singoli creditori; ma niun altro motivo può giustificare la concessione degl'interessi perchè concedendo effetto alla ipoteca del creditore anteriore per un cumulo d'interessi superiore a quello fissato dalla legge con assoluto bisogno di erogare in quelli una parte del prezzo

2139. Nello stato attuale delle Leggi toscane la graduazione dei creditori dovrebbe farsi sopra i frutti immobilizzati, perchè retratti pendenti gli atti delle subaste, e sopra i prezzi realizzati. Con i frutti immobilizzati dovrebbero prima di tutto saldarsi le spese tutte delle subaste e dell'ordine, avendone dato un esempio la Legge del 7 febbrajo 1838 nel comandare, che con questi si paghino le spese della perizia, non essendo da trascurarsi che il privilegio delle spese di giustizia è generale, ma subordinato alla escussione del mobiliare come prescrive l'art. 15 della Legge ipotecaria. Con i prezzi si dovrebbero saldare gli altri creditori, e per modo di generale dichiarazione dovrebbe essere ordinato (come è stato in qualche sentenza praticato) che gl'interessi decorsi sopra i prezzi dovuti dai liberatarj debbono cedere a favore del solo creditore che sia posto in grado utile di pagamento; e se questi frutti non sono dovuti, non dovrebbero essere aumentate le annualità degl'interessi permesse dalla legge, ma dovrebbero essere ammesse le domande di refezione dei danni contro chi è causa del ritardo del giudizio d'ordine (*),

realizzato dei beni immobili in pregiudizio degli altri creditori anteriori si viola l'art. 2151 del Codice civile, e l'art. 108 della Legge ipotecaria, mentre qualunque sia il pretesto, o la causa, si accorda estensione alla ipoteca iscritta contro il disposto della legge.

(*) In questo senso rettamente decide la questione dei frutti decorsi dopo l'aggiudicazione la *Rot. Roman. in Pe-*

senza distinguere se sia uno fra i creditori, o qualche altra persona la quale difetti nell'esercizio delle sue incumbenze.

2140. Ed a convincersi della verità di tal proposizione serve il rammentare, che la Legge del 7 gennajo 1838 dichiara nell'art. 126 obbligato alla refezione dei danni ed interessi il Procuratore incaricato della redazione del progetto di graduatoria, il quale ne ritardi il deposito, oltre il secondo termine a lui assegnato dal Tribunale. Fatto questo deposito, la procedura può essere sollecitata da qualunque creditore, per cui anco i creditori anteriori devono dirsi in colpa, se non è avvenuta in tempo debito la distribuzione dei prezzi realizzati.

2141. Ora passando a trattare della quarta regola la quale è relativa alle spese che il creditore ha dovuto incontrare, i Giureconsulti francesi osservavano, che le spese della iscrizione essendo portate a carico del debitore dovevano per necessità di concetto collocarsi nel grado da assegnarsi al capitale, e per assistere questa opinione allegavano il disposto dell'art. 2155 del Codice civile, che trovasi fra noi adottato dall'art. 95 della Legge ipotecaria; ma ogni questione con tale limitata ispezione non si escludeva, perchè molte altre

rusina seu Florent. restit. in integr. 4. junii 1832 cor. Bofondi, inter recoll. a Tranquilli De re hypoth. tom. 9. dec. 48. num. 16 et 17.

sono le spese che s'incontrano dal creditore per rendere esigibile il proprio credito, o per difenderlo dagli attacchi del debitore, o per liquidarlo occorrendo.

2142. Nel Regolamento di Procedura civile pubblicato in Toscana nel 15 novembre 1814 sta scritto l'articolo 933 del seguente tenore: « Nella
« collocazione di ciaschedun creditore, oltre la
« somma del credito, ed i frutti, sarà considerata
« ancora la spesa tanto del registro del credito, sua
« iscrizione, e simili, quanto della promessa da
« farsi ai creditori iscritti per un'ipoteca even-
« tuale anteriore ».

2143. Una simile disposizione si trova scritta nel Codice civile dello Stato di Parma e Piacenza all'art. 2218, estendendosi peraltro il grado alle spese fatte (oltre quelle dell'iscrizione) *per procurarsi i documenti necessarj a comprovare il suo credito, e per la loro produzione*. La disposizione del Codice parmigiano sembra adottata dal Regolamento legislativo, e giudiziario pontificio del 10 novembre 1834, §. 182, estendendosi il grado ancora *a quelle necessarie per ottenere, quando occorra, la sentenza di condanna*.

2144. Il Codice civile pubblicato nel 1837 per li Stati del Re di Sardegna, contiene come necessaria aggiunta alle disposizioni del Codice civile dei Francesi, quella che si legge nell'art. 2237 del seguente tenore: « L'iscrizione per il capitale ser-
« virà pure per far collocare al medesimo luogo

« le spese dell'atto, quelle dell'iscrizione, e di pro-
 « duzione in giudizio, e le spese ordinarie, e di
 « sentenza contro il debitore ».

2145. Ho premesso questa escursione storica dei diversi Codici Italiani, i quali contengono altrettante riforme del Codice civile, che introdusse fra noi il sistema ipotecario, onde possa argomentarsi qual sia la più retta interpretazione della quale è suscettibile l'articolo 113 della nuova Legge ipotecaria toscana, col quale si sono piuttosto limitate le dichiarazioni, che si contengono nelle leggi contemporanee degli Stati limitrofi.

2146. Ora riprendendo ad enumerare gli articoli di spese per i quali è concesso il grado con la data del capitale senza bisogno di alcuna enunciazione nella iscrizione ipotecaria ai termini della Legge toscana, ritrovo consistere questi nelle spese occorrenti, 1.^o per l'atto costitutivo della ipoteca; 2.^o quelle della iscrizione; 3.^o quelle che occorreranno per la collocazione nel giudizio di graduatoria; per lo che è dato inferire che non si fa parola delle spese successive alla iscrizione che possono essere occorse al creditore per far dichiarare, e liquidare il proprio credito.

2147. A me piace in questo proposito di riproporre la distinzione, che sull'articolo delle spese è stata sempre comunemente proposta, dicendo, o si tratta di un credito iscritto in ordine ad una sentenza che lo canonizza, o si tratta di un credito risultante da un titolo sul quale dopo l'ac-

cesa iscrizione sia intervenuta la sentenza. Nel primo caso le spese formano capitale di condanna, come lo sono tutte le altre dichiarazioni risultanti dalla medesima sentenza. Nel secondo caso si verifica una diversità di data fra l'atto costitutivo della ipoteca, e la sentenza che contiene la condanna nelle spese.

2148. La distinzione sembra a prima vista persuadente, ma per vero dire non dirime ogni questione perchè talvolta sebbene nata la sentenza prima, e sia accesa la iscrizione, la lite anco oltremodo dispendiosa prosegue in appello, e talvolta, come accade nei rendimenti di conti tutelari, la liquidazione del credito del pupillo è inseparabile dalla origine del medesimo credito, e non può esistere la diversità del titolo che può verificarsi fra l'atto costitutivo di una ipoteca per un credito certo e liquido, e la sentenza di condanna.

2149. In questo stato di cose non si deve disimulare che a riguardo delle spese di lite necessarie per la condanna del debitore, e di una lite seco lui agitata per la dichiarazione, e liquidazione del suo debito, la legge non ha espresso, che debbano intendersi sottintese nella iscrizione come quelle di sopra enumerate, ma non ha peraltro dichiarato che queste spese non possano considerarsi come un'accessione, e conseguenza del credito, come fu già da me avvertito (*); per la qual cosa

(*) *Lib. II. §. 1696.*

ritenuto il principio che ancora le spese che si rendono necessarie per conservare, liquidare, e rendere esigibile il credito dalla ipoteca assicurato (quando non rientrano nella categoria delle spese di giustizia) debbono essere col capitale collocate (*), alla condizione peraltro che siano comprese nella somma stabilita dalla iscrizione per questo titolo con certezza, se sono fatte prima della iscrizione, o eventualmente ed in una somma approssimativa se avranno luogo successivamente (*).

2150. È ben vero peraltro, che quando la somma enunciata per le spese eventualmente sarà minore di quella, alla quale le dette spese si sono elevate, dovrà concedersi il grado per la somma minore enunciata, e per ogni di più dovrà accordarsi il grado con la data della nuova iscrizione che il creditore avrà (come nel caso degli interessi successivamente decorsi) dovuto accendere ai pubblici registri.

2151. Se poi si tratterà della refezione dei danni al creditore occasionati, e nei quali il debitore può essere condannato, è necessario distinguere, se l'azione alla refezione dei danni è assicurata al creditore con l'atto costitutivo della ipoteca, come specialmente può accadere per l'amministrazione tutelare, o se questa azione è indi-

(*) MERLIN *Répertoire*, mot *Hypothèque*, sect. 1. §. 12.

(*) PERSIL *Comment.* art. 2155, num. 1. TROPLONG *Comment.* tom. 3. num. 702 bis.

pendente dal titolo che attribuisce l'ipoteca al capitale, e da questo non sorge immediatamente, e direttamente, ma può dal titolo del credito soltanto indirettamente desumersi. Nel primo caso dovrà costare che nella iscrizione primitiva sia stato dato un valore all'azione alla refezione dei danni, e dentro i limiti della somma iscritta saranno repetibili con la data della iscrizione della prima ipoteca, sebbene la propria e vera condanna alla refezione dei danni sia posteriore. Nel secondo caso la condanna ai danni costituirà elemento di una nuova ipoteca giudiziarla avente la data della iscrizione con la quale sarà conservata (*).

2152. Le dichiarazioni notate di sopra (*) relativamente al grado che deve accordarsi per le particolari iscrizioni degl'interessi che oltre i quattro anni saranno scaduti, non abbisognano di grave trattazione. Osservo soltanto, che alla scadenza di ogni anno il creditore ha diritto di accendere una particolare iscrizione in forza del suo titolo, dal quale il patto, o la condanna al pagamento degl'interessi risulta.

2153. Il creditore ha la facoltà di attribuire a quel periodo di tempo, che più gli piace, le annuità alle quali la legge accorda l'utile collocazione

(*) TROPLONG *Comment. tom. 3. §. 703.*

(*) §. 2117. Mi permetto d'interrompere l'ordine prefisso col parlare delle dichiarazioni e limitazioni prima di esaurire le regole, all'oggetto di esporre tutto ciò che attiene alla graduazione dei creditori ipotecarij, prima di trattare dei creditori chirografarij.

con la prima iscrizione, quindi non è tenuto a lasciar decorrere le intiere quattro annate per accendere le iscrizioni per gli arretrati, ma può anco in ogni anno cautelare il suo interesse con nuove iscrizioni, salvo all' medesimo il beneficio d'imputare le annualità permesse dalla legge nello spazio di tempo nel quale si troverebbe non assistito dalle iscrizioni (*).

2154. Relativamente alla tassa dell'interesse la Legge toscana, sull'esempio del Codice parmigiano, (Art. 2217) ha supplito al vuoto, in cui le Leggi patrie, senza ricorrere al Diritto romano, lasciavano la materia tanto contrastata degl'interessi, essendo abolita la Legge francese la quale aveva determinata la tassa degl'interessi legali, e convenzionali.

2155. La limitazione di cui predica la Legge toscana all'art. 110 nel lasciare alle parti la facoltà di convenire, che il creditore possa accendere la iscrizione per un maggior numero di annualità degl'interessi, è diretta a troncare le dispute, che si erano elevate in Toscana in alcuni giudizj di concorso, nei quali si pretendeva la collocazione degl'interessi per i tre anni da decorrere conservati con la prima iscrizione, e per gli altri tre anni concessi dalla legge.

2156. Avendo la legge permessa la convenzione

(*) PERRIL *Comment. art. 2151. num. 4.* TROPLONG *Comment. tom. 3. num. 698.* — *Cour de Cassat. 27 mai 1816, Cour d'Angers 18 febb. 1827, Journal du Palais tom. 13. pag. 453. et tom. 21. pag. 57.*

espressa, è venuta nello stesso tempo a proibire la facoltà di conservare con la iscrizione un cumulo maggiore di annualità ove la convenzione non esista.

2157. Non è peraltro da credersi che sia necessario un patto speciale, o dirò meglio una dichiarazione di debito dell'annualità da decorrere, che sia dipoi dalla ipoteca assistito; servirà al bisogno che dall'atto costitutivo della ipoteca appaia concessa la facoltà al creditore di comprendere un numero maggiore di annualità d'interessi oltre quello dalla legge permesso.

2158. E la ragione di questa limitata convenzione si è, che le nuove Leggi tengono fermo il principio, che la ipoteca per gl'interessi convenuti sorge con l'atto stesso col quale il debitore obbligandosi a restituire un capitale, ed a pagare gli annui interessi costituisce la ipoteca per sicurezza delle di lui promesse. In altri termini spiegandomi io osservo, che le nuove Leggi non hanno inteso di derogare assolutamente al testo notissimo della Legge *Lucius Titius ff. Qui pot. in pign. habeantur*, ma hanno limitato l'esercizio dell'azione, che in questa legge trova la sua origine, per l'oggetto di dar luogo ad un retto calcolo nel valutare le passività che debbono esser rese note ai terzi i quali contrattano col debitore.

2159. Ed infatti se così non fosse, ne deriverebbe, che all'epoca della scadenza degl'interessi non potrebbe accendersi la iscrizione in forza

dell'antico titolo, ma una nuova costituzione d'ipoteca sarebbe necessaria, non essendo dato alla iscrizione di creare la ipoteca, ma di conservarla.

2160. Il patto nuovo, del quale fa menzione la Legge toscana, altro non è che l'anticipata autorizzazione data dal debitore al creditore di conservare la ipoteca anco per il suo debito degl'interessi che può essere successivamente creato per la inosservanza della fatta promessa di pagarlo alla scadenza.

2161. La quinta, ed ultima regola, che io ho qui riportato fra quelle generali dell'ordine dei creditori, è dalle nuove leggi ipotecarie annoverata fra le generali del sistema; ma per vero dire trova la sua applicazione allorchè si tratta del giudizio di ordine soltanto. Questa regola è tratta dal romano Diritto, e le nuove leggi l'hanno fedelmente ripetuta.

2162. Questa regola sebbene tanto vera e tanto semplice nella sua applicazione concreta, si vede intralciata da molte ed intricate questioni delle quali sarà facile la soluzione, se si osserveranno le distinzioni seguenti.

2163. Il contributo ha luogo, 1.^o fra i creditori privilegiati ed ipotecarj, quando tutti i concorrenti vantano l'istesso privilegio, o una ipoteca eguale, e avente la stessa data; 2.^o fra i creditori tutti indistintamente, allorchè niuno di essi vanta privilegio o ipoteca, e tutti possono qualificarsi come chirografarj.

2164. Del contributo contemplato fra i credi-

tori privilegiati, e ipotecarj dispone la Legge toscana agli articoli dei quali ho già fatta menzione (¹), e può verificarsi nel caso di *correi habendi*, di coeredi, di cessionarj di un istesso credito, quando non abbiano luogo le avvertenze che saranno fatte a suo tempo. Del contributo fra i creditori chirografarj giova trattare stabilendo, 1.º quando debbano i creditori qualificarsi, e ritenersi per chirografarj; 2.º quale sia la estensione dei loro diritti.

2165. Tutti i creditori i quali sono latori di una obbligazione scritta, e per la quale hanno diritto di domandare a colui, che ha quella scritto o confermato con la propria firma, la prestazione di un fatto, o il pagamento di una somma senza che acceda la costituzione di una ipoteca o per il fatto dell'uomo, o per opera della legge, si considerano chirografarj.

2166. Per l'oggetto di non essere in questa classe confuso, non basta che il creditore faccia costare della costituzione di una ipoteca, ma è necessario che questa ipoteca a suo favore costituita investa i beni i quali formano il subietto del giudizio d'ordine, e che l'atto di costituzione d'ipoteca, o la successiva iscrizione non siano infetti di uno di quei vizj intrinseci che li rende nulli, o inefficaci. Al di là dei beni costituenti la speciale ipoteca i creditori latori di un titolo

(¹) Ved. sopra §. 2110.

scritto o di una sentenza sono da considerarsi chirografarj, ammenochè non siano subingressi in qualche altra ipoteca più estesa; quindi per la prima ricerca serve di verificare, se i beni compresi nell'attuale giudizio fanno parte della loro ipoteca e della loro iscrizione, lo che non essendo, i creditori non possono vantare altro diritto che quello il quale dalla personale obbligazione del debitore deriva.

2167. Relativamente a determinare la qualità dei creditori chirografarj per i vizj dell'atto costitutivo della ipoteca, o per i vizj della iscrizione, converrebbe qui richiamare a nuovo esame tutte le teorie a riguardo delle diverse specie della ipoteca, e dei modi legittimi per conservarla; per la qual cosa, onde non dar luogo ad inutili ripetizioni, dirò soltanto, che ove accade di stabilire la inefficacia della ipoteca o per difetto di costituzione, o per difetto di conservazione, semprechè per altro sussista la obbligazione personale del debitore, il creditore rigettato dal rango degl'ipotecarj ha diritto di essere collocato nella classe dei chirografarj.

2168. Ad ipoteca in apparenza legittimamente costituita, ed esattamente iscritta, conviene qualche volta al creditore discendere nella rammentata classe dei chirografarj per il disposto delle nuove leggi, in questa parte correttorie del comune Diritto.

2169. Per il disposto delle nuove leggi i credi-

tori cessano dalla loro qualità di creditori ipotecarij

I. Se la ipoteca è costituita dal commerciante nei dieci giorni precedenti al suo fallimento, e molto più dopo l'apertura del medesimo (*).

II. Se la ipoteca costituita dal commerciante per lo innanzi viene iscritta nei due stadj di tempo sopra accennati (*).

III. Se la ipoteca costituita già da un defunto, o esso fosse, o non fosse mercante, è iscritta dopo il lasso del bimestre immediatamente successivo alla morte, quando la eredità viene adita con beneficio di legge e d'inventario (*).

IV. Se nel caso di vendita volontaria la iscrizione della ipoteca costituita avanti la domanda di voltura viene iscritta al di là del mese decorrendo dal dì della domanda della voltura estimale (*).

V. Se la ipoteca è costituita dal debitore, o dal terzo possessore dopo la trascrizione fatta all'Ufficio della Conservazione delle ipoteche della domanda di espropriazione prescritta dall'art. 69 della Legge del 7 gennajo 1838.

2170. Per le prime tre esemplificazioni non è luogo a proporre alcuna discussione, per avere le leggi contemplato tanto la costituzione della ipo-

(*) Legge del 2 maggio 1836, art. 89.

(*) D. L. art. citato.

(*) D. L. art. 90.

(*) D. L. art. 116.

teca quanto la di lei conservazione; resta per altro a parlare della quarta e della quinta, e così della insussistenza della ipoteca nel caso dell'alienazione privata e della vendita coatta.

2171. A vendita privata eseguita, e confermata con la domanda di voltura, decorsi i fatali per la utilità delle iscrizioni, sono di parere che non possa più ammettersi la distinzione che si faceva sotto il Codice civile fra il diritto di prelazione e quello di perseguitare i beni a favore delle ipoteche legali esenti da iscrizioni, a carico delle quali fosse stata istituita la speciale procedura della loro purgazione e la distinzione fra le ipoteche iscritte e non iscritte, dando a queste prelazione di fronte ai chirografarj semplici, la quale aveva fra noi ammessa il Regolamento di Procedura civile con il suo articolo 932, ed in tal sentimento mi conduce il riflettere che cessato lo stato di esenzione dalla iscrizione, per le ipoteche legali manca adesso la ragione che suggerito aveva la divisione delle azioni che nascono dalla ipoteca, dovendosi oggi su tutte ritenere una perfetta eguaglianza; ed il ricordare, che l'articolo 58 della nuova Legge ipotecaria ha espressamente portato la deroga del rammentato articolo 932 avendo disposto, che mancando la iscrizione il creditore ipotecario discende senza prelazione fra i chirografarj.

2172. L'ultimo contemplato caso della vendita coatta richiama alla limitata ispezione di determi-

nare se la ipoteca costituita avanti la trascrizione della domanda di espropriazione possa essere con effetto iscritta, ed in qual tempo, in quanto che dopo il chiaro disposto dell'articolo 69 della Legge del 7 gennajo 1838 con il quale viene inibito al debitore e al terzo possessore esistendo d'imporre nuovi oneri, si è resa inutile la disputa della quale si occupano i Giureconsulti francesi interpretando l'art. 692 del Codice di Procedura francese, in cui si fa parola della sola alienazione.

2173. Sulla quale ispezione trattando, osservo che non può alla nuova Legge del 7 gennajo 1838 darsi la interpretazione estensiva per ritenere come nulle ed inefficaci le iscrizioni d'ipoteche precedentemente costituite, perchè altrimenti pensando si darebbero alla trascrizione della domanda di espropriazione gli effetti tutti, che la legge accorda alla dichiarazione del fallimento dei commercianti, non equivalendo giammai al fallimento la decozione del non commerciante (*); per le quali osservazioni ritengo valide, ed efficaci le ipoteche costituite avanti la trascrizione della indicata domanda per l'effetto limitato di non far discendere il creditore ipotecario nella classe dei chirografari, alla condizione per altro che le dette ipoteche vengano anco successivamente a quella trascrizione in debito tempo iscritte.

(*) DALLOZ *Des fallites* chap. 3. §§. 2 et 3. TROPLONG *Comment.* tom. 3. num. 661.

2174. Dopo aver ciò stabilito, sarà indispensabile il precisare il termine per la iscrizione di queste ipoteche, che non potrà dirsi quello assegnato per le vendite private, perchè le disposizioni della Legge del 2 maggio 1836 a riguardo degli alienatarj non si applicano a coloro che si fanno acquirenti alla pubblica subasta nelle vendite coatte.

2175. La Legge del 7 gennajo 1838 surrogata al Regolamento di Procedura, contiene la omissione rimproverata dai Giureconsulti francesi ai loro codici, nei quali la Legge del 9 messidoro anno 3. non fu con tutta precisione riportata (').

2176. Il Regolamento toscano nell'art. 917 stabiliva il limite dentro il quale potevano le ipoteche già costituite dal debitore espropriato essere iscritte, poichè determinava che il certificato del Conservatore delle Ipoteche, da prodursi con la domanda di apertura del giudizio d'ordine, doveva contenere le iscrizioni accese *contro il debitore a carico del quale è seguita la vendita, e suo autore immediato fino al giorno della sentenza di approvazione di liberazione.*

2177. Nel silenzio della nuova Legge sopra questo punto interessante il sistema vigente, conviene considerare che se dalla legge sopra i giudizi esecutivi non furono nel caso della trascrizione della domanda di espropriazione adottate le letterali

(') TARRIBLE *Des privileges* tom. 1. num. 145.

disposizioni dell'articolo 89 della Legge del 2 maggio 1836 nel quale il caso del fallimento si contempla, altro mezzo giuridico non esiste che quello di ricorrere alla legge precedente, seguendo l'esempio già indicato della Giurisprudenza francese, per la qual cosa ritengo come tutt'ora vigente l'art. 917 del Regolamento di Procedura civile, e perciò collocabili a pregiudizio dei creditori chirografarj le ipoteche anteriori alla trascrizione della domanda di espropriazione, semprechè per altro siano inscritte *dentro il giorno della sentenza che approva la liberazione inclusive.*

2178. Stabilita la linea di demarcazione fra i creditori chirografarj e i creditori ipotecarj, conviene far menzione dei loro diritti onde non si estendano a favore dei semplici chirografarj i comodi e i benefizj, che dalla ipoteca derivano.

2179. Non è da impugnarsi che l'art. 1.^o della Legge del 2 maggio 1836 stabilisce, *che tutti i beni immobili e mobili del debitore garantiscono l'adempimento delle di lui obbligazioni;* ma per questa sola regola generale non è a qualunque creditore chirografario concesso di comparire in un giudizio di ordine a domandar grado per esigere i residui di un prezzo.

2180. Conviene ritenere per principio inconcusso, che i creditori chirografarj hanno diritto di esigere tutte le reliquie dei prezzi dei beni del loro debitore nei casi nei quali potrebbe questi far suoi i medesimi residui.

2181. Ed infatti se per causa di precedenti ipoteche a carico del terzo possessore, che già riportò il saldo del prezzo convenzionale venga instaurato il giudizio di espropriazione, o quello del rincaro, i creditori chirografarj del primo alienante, i quali mancano di azione a pretendere il residuo del nuovo prezzo realizzato, dimessi che siano i creditori ipotecarj perchè sprovvisti dell'azione reale ipotecaria, invano si farebbero ad esercitare le azioni personali del loro debitore, il quale anzichè ricevere i residui del prezzo sarebbe tenuto a resarcire la evizione dal terzo possessore sofferta, per la qual cosa sempre contro i creditori chirografarj fu risposto tanto per esigere le reliquie del nuovo prezzo, quanto per profittare del maggior prezzo realizzato nel giudizio di rincaro a cui dà luogo la offerta del valore dei beni ipotecati (*).

2182. I creditori chirografarj sprovvisti di azione per perseguire i beni del debitore esistenti presso un terzo possessore non possono attaccare in qual si sia modo la distribuzione amicabile di un prezzo qualunque fatta dal loro debitore, o la esazione da lui fatta di una parte di quello, ammenchè i creditori stessi esercitando le azioni personali del credito non abbiano impedito la libera distrazione di questo prezzo ponendo sotto seque-

(*) *GRENIER Des hypoth. tom. 2. num. 469. TROPLONG Comment. tom. 1. num. 372. et tom. 4. num. 971.*

stro ciò che sopravanza alla dimissione dei creditori, o intervenendo nel giudizio di vendita abbiano sollecitata la introduzione dell'ordine, e comparendo a domandare il grado conveniente siano venuti così ad impedire che accada il pagamento del prezzo senza il loro consenso.

2183. Quando adunque non concorrano i termini di eccezione esclusivi del diritto del debitore espropriato a esigere i residui del prezzo o esclusivi del diritto dei creditori per una distrazione del prezzo legittimamente fatta senza il concorso della frode e del dolo, non solo per la parte del debitore, ma ancora per la parte dei nuovi acquirenti, fra i creditori chirografarj deve ammettersi il reparto *per æs et libram* in proporzione dei loro rispettivi crediti senza distinzione alcuna, osservando la perfetta regola del contributo nella proporzione del rispettivo credito, e così come suol dirsi ad un tanto per cento.

SEZIONE SECONDA

Del concorso delle diverse specie della Ipoteca.

S O M M A R I O

- Le Leggi romane ammettono la regola della prelazione, dato il concorso delle ipoteche speciali con le generali §. 2184.
- Ai creditore con ipoteca speciale posteriore veniva accordato il *gius offerendi*, o il beneficio della escussione se il creditore anteriore munito ancora della generale ometteva di escutere la speciale §§. 2185 e 2186.
- Opinione degli antichi Dottori per l'ammissione della ipoteca generale a favore di colui che era munito della ipoteca speciale §. 2187.
- L'intralcio delle ipoteche generali e speciali, e le conseguenti questioni sono la opera delle Leggi francesi §. 2188.
- Rimedio apportato al sistema dalle Leggi toscane con il subingresso legale §. 2189.
- Il disposto della Legge *Quamvis Cod. De pignoribus* è allegabile anco attinamente §. 2190.
- Conseguenza della premessa si è, che dato il concorso delle ipoteche generali e speciali, esistono due rimedi: l'uno è la escussione, e l'altro il subingresso legale §. 2191.
- Il subingresso legale è accordato *indistintamente*, e *limitatamente* §. 2192.
- Il subingresso legale che ha luogo per il solo fatto del pagamento porta la reviviscenza del *gius offerendi* §. 2193.
- Il subingresso legale limitato si concede al creditore avente ipoteca speciale evitto da quello che la vanta generale §. 2194.
- La nuova Legge ha derogato alla Legge del 25 dicembre 1819, che contemplava il caso della evizione portata dal creditore avente ipoteca speciale più estesa §§. 2195 e 2196.
- Effetti quali produce il subingresso a riguardo di altre ipoteche speciali posteriori §. 2197.
- Si spiega la importanza delle parole della legge, la quale nel creditore evincente parla di una ipoteca estesa alla universalità dei beni del debitore §§. 2198 e 2199.

Non si ammette il subingresso nel caso che la evizione provenga da un creditore di un autore particolare munito d'ipoteca generale §. 2200.

Si ammette nel caso che la evizione accada a pregiudizio di un creditore dell'eredità sopra i beni della sola eredità §. 2201.

Si estende nel caso in cui l'evincente sia munito del solo beneficio della separazione del patrimonj §§. 2202. 2203. 2204.

Necessità di supplire al silenzio della nuova Legge sulla somma, e sopra gli effetti, con i quali può il subingresso essere esercitate con il disposto delle precedenti leggi §. 2205.

Importanza da darsi alle leggi precedenti ed alla vigente sulla non retorsione delle ragioni §§. 2206. 2207. 2208.

Una tal clausola non può essere estesa per accordare la prelazione al creditore evincente per altri di lui crediti posteriori §§. 2209 e 2210.

Inconveniente avvertito nel caso di estensiva interpretazione §. 2211.

2184. Secondo le romane Leggi, dandosi il concorso della ipoteca generale con la speciale aveva luogo la solita regola *prior in tempore potior in jure* per l'espresso disposto della Legge *Qui generaliter 2. ff. Qui pot. in pignor. habeant.*, e della Legge *Sive generaliter 6. Cod. eodem.*

2185. Il creditore posteriore munito di semplice ipoteca speciale poteva valersi del *gius offerendi* dimettendo il creditore anteriore, e subentrando nelle sue ragioni confermare la sua ipoteca (*), portare così la evizione a carico dei creditori a lui posteriori, e poteva invocare il beneficio della escussione se mai la ipoteca generale fosse stata

(*) *Leg. Prior 5. Cod. Qui pot. in pign. habeantur. Leg. Si prior 4. Cod. De iis qui in prior loc. succed.*

convenuta contemporaneamente con la ipoteca speciale, o anco posteriormente secondo il disposto della *Leg. Quamvis 2. Cod. De pignoribus et hypoth.*

2186. Per la retta applicazione della citata legge *Quamvis* distinguevansi tre casi; il primo era quello in cui il creditore anteriore fosse munito della sola ipoteca generale, e dicevasi allora avere esso la scelta nell'esercitare la sua ipoteca, e nel domandare la prelazione a qualunque creditore ipotecario secondo il disposto della notissima legge *Creditoris arbitrio 8. ff. De distract. pign. (*)*; il secondo caso era quello, nel quale si verificava la costituzione della ipoteca speciale dopo che la ipoteca generale era quesita, e tal costituzione era accompagnata dal patto che la nuova ipoteca speciale non derogasse alla generale anteriore, poichè allora al creditore competeva egualmente la scelta nell'esercizio dell'una o dell'altra (*); il terzo caso era quello in cui la ipoteca generale fosse aggiunta alla speciale tanto contemporaneamente quanto susseguentemente, ed allora dicevasi sussistere un patto tacito per il quale si voleva obbligato il creditore ad escutere prima di tutto la

(*) ZANCH. *De Prælat. cred. exercit.* 4. §. 4. num. 36 et 42.

(*) ZANCH. *De prælat. credit. exercit.* 4. §. 5. num. 3 *Rot. Rom. in Favent. seu Imolen. Pecuniaria 10 martii 1817 cor. Serlupi inter recoll. a Tranquilli de re hypoth. tom. 2. dec. 12. num. 6.*

ipoteca speciale, e passar quindi alla generale secondo l'ordine confermato dalla legge *Quæ specialiter* 9. *Cod. De distract. pignor.* (').

2187. Aggiungo che il concorso della ipoteca generale con la speciale non portava nell'antica pratica alcun inconveniente, in quanto che oltre i citati benefizj della escussione e del *gius offerendi* il creditore munito d'ipoteca speciale era per lo più ancor esso munito della ipoteca generale in forza delle clausule ceterate, che si contenevano in tutti gl'istrumenti e in tutti gli atti, e si giungeva per fino a sostenere che ogni atto portante costituzione d'ipoteca speciale avesse insità la ipoteca tacita generale (*).

2188. Le nuove Leggi ipotecarie francesi proclamando la pubblicità delle ipoteche, e nello stesso tempo la esenzione dalla iscrizione di alcune fra le ipoteche legali, e ritenendo i due contrapposti, cioè quello della specialità delle ipoteche convenzionali, e l'altro della generalità delle ipoteche legali e giudiziarie, hanno reso inevitabili le molte questioni di cui fanno fede le opere di tanti Giureconsulti, e le decisioni dei Tribunali, che in vario modo hanno risoluto della sorte dei creditori posteriori.

2189. È inutile che io mi occupi di presentare

(') RODRIQUEZ *De concurs. cred. part.* 2. art. 1. n. 28. 29 et 30. ZANCH. *De prælat. credit. exercit.* 4. §. 5. num. 25 et seq.

(*) ZANCH. *De prælat. cred. exercit.* 4. §. 5. n. 40 et 50.

un dettaglio di tutte le questioni, del loro intrinseco merito, e della instabilità della Giurisprudenza francese sopra questo articolo (*), subito che le Leggi toscane con un generale provvedimento fecero mancare la causa, dalla quale la disputa nasceva. Questo provvedimento fu portato accordando il subingresso legale del quale parlano la Legge del 27 luglio 1818, la Legge del 25 dicembre 1819, e la nuova Legge ipotecaria già da me riportate trattando delle rivalse competenti al terzo possessore (*).

2190. Avanti di riprendere in esame le citate leggi sul subingresso, premetto che nel concorso della ipoteca generale con la speciale può adesso invocarsi il disposto della *Legge Quamvis, Cod. De pignoribus*, ed il creditore che abbia ommesso di escutere la sua ipoteca speciale dovrà ottenere soltanto un grado eventuale per mezzo del quale possa farsi luogo all'avocazione della pecunia nel caso in cui si renda per esso inutile in tutto, o in parte la escussione della speciale. La giurisprudenza pratica concorda un tale provvedimento, sempre che non siasi fatto costare della inutilità della ipoteca speciale (*).

(*) TARRIBLE *Des privileges* tom. 2. §. 241. GRENIER *Des hypothèques* tom. 1. num. 179. TROPLONG *Des hypothèques* tom. 3. num. 758. *Journal du Palais* tom. 23. pag. 450 e 451. tom. 25. pag. 227.

(*) Vcd. sopra §§. 2078 e seg.

(*) Rot. Rom. in Favent. seu Imolen. Pecuniaria 10

2191. Ciò premesso, può ben dirsi che per regolare il concorso delle diverse ipoteche esiste nei congrui casi il beneficio della escussione di cui sopra, e l'altro del subingresso legale del quale vado a parlare.

2192. Il subingresso legale è accordato dalla Legge ipotecaria toscana *indistintamente* a qualunque creditore ipotecario posteriore che dimette il creditore anteriore (*), limitatamente al creditore con ipoteca speciale che rimane evitto da un creditore avente ipoteca *estesa alla universalità dei beni del debitore* (*).

2193. Dalla prima disposizione della Legge toscana conviene desumere la reviviscenza in tutta la sua pienezza del *gius offerendi* competente ai creditori posteriori contro gli anteriori a seconda del Diritto romano, in quanto che se la nuova Legge al nudo fatto del pagamento accorda il subingresso legale, conviene ammettere che abbia pure ritenuta la competenza nel posteriore del diritto di porre fuori d'interesse il creditore anteriore col libero pagamento del suo credito.

2194. Dalla seconda disposizione unita all'altra che non si dà subingresso fuori dei casi contemplati di che nel successivo art. 189, deriva la conseguenza che il subingresso legale si verifica 1.° se

martii 1817 cor. Serlupi, inter recoll. a Tranquilli De re hypoth. tom. 2. dec. 12. num. 7.

(*) Art. 186.

(*) Art. 187.

la evizione viene inferita al creditore posteriore munito d'ipoteca speciale; 2.° se l'evincente è un creditore munito di un diritto d'ipoteca generale capace d'investire l'universalità dei beni del debitore; 3.° se l'ipoteca generale investe i beni del debitore che costituì la ipoteca speciale.

2195. Facilmente s'intende come sarebbe stato inutile concedere il subingresso legale al creditore posteriore munito esso pure della ipoteca generale, inquantochè nella propria ipoteca insistendo può investire tutti gli altri beni del debitore; ma rimarrà sempre difficile il ricercare o precisare la ragione per la quale la Legge toscana abbia voluto trattare il creditore posteriore in diverso modo dal terzo acquirente, e perchè in fine abbia voluto portare la deroga all'art. 8 della Legge del 25 dicembre 1819, il quale contempla il caso della evizione arrecata al creditore posteriore da un altro avente *ipoteca speciale estesa ad altri beni del debitore*.

2196. Trattandosi di materia di stretto gius come è quella del legale subingresso (*), convien ripetere le mille volte *ita lex scripta est*, non essendo dato a chi deve interpretare o applicare la legge di portare a questa modificazione alcuna, spettando solo ai Magistrati incaricati della con-

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 36. dec. 75.* In questa decisione viene stabilito non potersi le nuove leggi sul subingresso estendere in pregiudizio dei creditori aventi ipoteca speciale quesita avanti la Legge del 27 luglio 1818.

servazione, e pubblicazione delle leggi di proporre al Potere legislativo la correzione, e modificazione delle medesime ove si trovi una qualche incoerenza nelle loro disposizioni.

2197. Ora applicando dentro i limiti del significato grammaticale delle parole la nuova Legge, conviene ritenere:

I. Che il subingresso non si accorda se non quando la evizione avviene in forza di un diritto, e di una ipoteca generale anteriore, come ancora è stato dichiarato dalla Legge del 7 gennajo 1838 nell'articolo 53 (*).

II. Che una volta verificato questo subingresso nel primo creditore evitto, segue la trasfigurazione di tutte le ipoteche speciali posteriori in altrettante ipoteche generali (*).

2198. La legge peraltro esige che questa operazione di subingressi, la quale in altro non consiste che nella metamorfosi delle ipoteche speciali

(*) Questo articolo è così concepito: « Qualora un creditore munito d'ipoteca generale anteriore concorra sopra lo stesso fondo con un creditore munito d'ipoteca speciale, potrà questi dirigere la sua azione sopra un altro immobile del suo debitore, benchè ad altri generalmente ipotecato di poi, all'effetto di profittare del subingresso legale, in ordine alle relative disposizioni espresse nel Cap. XIII. della Legge ipotecaria de' 2 maggio 1836 ».

(*) L'art. 187 della Legge ipotecaria trascritto di sopra nel §. 2081 estende il subingresso a tutti i creditori posteriori che risentono il danno per la ipoteca generale che si acquista dal creditore anteriore evitto.

in generali, avvenga per opera di un primo creditore *avente ipoteca estesa alla universalità dei beni del debitore*. Queste espressioni della legge non debbono essere ritenute per inutili. Non è sufficiente che la evizione accada per opera di un creditore *avente ipoteca generale*: può ben darsi il caso che la evizione avvenga per il fatto di una ipoteca generale, ma che non abbia effetto *sulla universalità dei beni del debitore*.

2199. Può accadere, e non raramente avviene, il concorso delle ipoteche generali e speciali nel caso in cui i beni sopra i quali è avvenuta la esecuzione, e quindi la vendita, avendo fatto diversi passaggi, siano affetti ad ipoteca generale per il fatto degli autori, e ad ipoteca speciale per il fatto del debitore ultimo possessore: in questo caso la ipoteca generale può spiegare la sua efficacia limitativamente ai beni che formano il subietto del giudizio, o generalmente sopra beni di una eredità che sia stata al debitore trasmessa, ma non può estendersi sulla universalità dei beni del debitore in quanto che i beni dell'erede non restano compresi nella ipoteca generale costituita dall'autore.

2200. Sarà dato di ricercare se in questi due casi possa parlarsi di subingresso legale. Io credo di rispondere negativamente allora quando si tratti di evizione portata da un creditore dell'autore del debitore a titolo particolare, poichè sebbene il creditore vanti la ipoteca generale sopra i beni

dell'autore, non può per questo stabilirsi che al dirimpetto dell'attuale possessore questa sia estesa al di là dei beni che costituiscono il suo particolare acquisto. In questo caso può parlarsi del subingresso nelle ragioni del creditore evincente sopra i beni del suo autore, e perciò i creditori dell'alienante i quali restano evitti insieme col loro debitore esercitando le di lui azioni utili, debbono valersi delle ragioni dello stesso loro debitore, e parlare del subingresso per agire contro i beni dell'autore, che li cede al loro debitore; ma al dirimpetto del patrimonio del debitore siccome si tratterebbe non di subingredere in una ipoteca già estesa, ma di estendere questa su beni, che non erano a tale ipoteca generale sottoposti, debbono agire personalmente contro il debitore per ottenere sopra il di lui patrimonio una nuova ipoteca.

2201. Una risposta così franca, e così decisiva non potrà esser data nel caso che l'evizione sia portata da un creditore di un defunto a carico di un creditore dell'erede. In questo rapporto gioverà distinguere se si tratterà di agire contro i beni particolari dell'erede, ossia vero contro gli altri residui beni ereditarij. Nel primo caso dovrà risponderli negativamente per la ragione sopra avvertita, perchè non avendo il creditore del defunto la ipoteca generale sopra i beni dell'erede, il creditore evitto non può per mezzo del subingresso estenderla, giacchè il subingresso suona cessazione della ipoteca, e non possono cadere i termini

della cessione sopra una ipoteca che non esiste. Nel secondo caso il creditore dell'erede evitto nella sua ipoteca speciale dal creditore del defunto avente la ipoteca generale potrà giovare del subingresso legale per vincere gli altri creditori dell'erede a lui posteriori sopra l'universalità dei beni che compongono la sola eredità.

2202. La premessa risoluzione ci conduce alla necessità di prevedere la evizione, che possa essere inferita al creditore ipotecario speciale dell'erede per parte del creditore ereditario munito del solo *benefizio della separazione dei patrimonj*, il quale assicura al creditore anco chirografario del defunto la prelazione a qualunque creditore dell'erede. Si potrà rispondere, che non si tratta nel caso d'ipoteca, ma di un beneficio, e che verrebbero così ad estendersi i casi nei quali la legge accorda il subingresso. Io credo per altro che debba prevalere la risposta affermativa, per la ragione che non si tratta qui di accordare il subingresso in un caso non previsto dalla legge, ma di dare alle parole della legge la potenza di comprendere il caso identico, che la legge stessa ha dovuto comprendere nella sua disposizione, non tanto per la lettera che per il di lei spirito.

2203. Tanto il beneficio della separazione dei patrimonj, quanto l'ipoteca convenuta dall'autore portano nei creditori ereditarij la prelazione. Non vi è fra il beneficio della separazione, e la ipoteca secondo la nuova legge alcuna differenza, subito

che l'uno e l'altra sono con legittima iscrizione conservati. Il beneficio della separazione è sempre più efficace perchè generale, mentre la ipoteca può essere speciale, e può essere dal beneficio soccorsa con la generalità, se alla morte del debitore i creditori sono cauti d'implorare con nuova iscrizione la separazione dei patrimonj, per lo che manca la ragione per negare ai creditori evitti il subingresso legale nel caso che il concorso accada col beneficio della separazione dei patrimonj. Io penso che debba questo subingresso legale concedersi con effetto soltanto sopra i beni della eredità, e non sopra quelli particolari dell'erede, onde non dare estensione alla finta cessione, e comprendere in questa quello che non spetta al cedente.

2204. Credo che a questa interpretazione si presti la lettera della legge, perchè in essa si parla del subingresso legale *nei diritti e nelle ipoteche del creditore anteriore*; niuno può negare che se il beneficio della separazione dei patrimonj non entra nella categoria delle ipoteche, entra però nella generale famiglia *dei diritti*, ed è un diritto reale che si estende alla universalità dei beni di una successione, cosicchè può ben dirsi che anco la lettera della legge si presta ed è favorevole all'ammissione del subingresso in questo caso.

2205. La nuova Legge non dichiara per qual somma, ed a quali effetti deve aver luogo nei suoi congrui casi il subingresso legale. Io già notai, trattando del terzo possessore, che la nuova Legge del

2 maggio 1836 non aveva portata chiarezza al subingresso legale, e che abbisognava ricorrere alle leggi precedenti ('), sulla scorta delle quali è da stabilirsi:

I. Che si dovrà il subingresso legale esercitare fino alla *concorrenza del prezzo erogato nella dimissione dei detti creditori evincenti*, e così fino alla concorrenza della somma che sarebbe pervenuta ai creditori evitti se non si fosse presentato nel giudizio l'altro creditore avente il *diritto o ipoteca* anteriore:

II. Che l'esercizio dei diritti e *delle ipoteche generali* nei quali si accorda il subingresso dovrà farsi dal creditore evitto con la data della sua iscrizione onde venga esercitato in pregiudizio dei terzi e dei creditori aventi titolo posteriore, e non anteriore al medesimo.

2206. Contengono le Leggi toscane del 25 dicembre 1819 nell'art. 9 e la successiva del 2 maggio 1836 nell'articolo 88, l'avvertita disposizione che « Le ragioni in tal guisa acquistate non possono essere ritorte neppure in concorso contro « i creditori ai quali originariamente appartenevano ».

2207. Questa dichiarazione è equivalente alla formula ordinaria, la quale si suole apporre in tutte le cessioni volontarie, nelle quali il creditore garantisce la sola verità del credito; ma attesa la cir-

(') Ved. sopra §. 2090.

costanza che dalla nuova legge non fu adottata la più chiara, e meno intrigata disposizione che si contiene nell'articolo 1252 del Codice civile dei Francesi, può dar luogo alla disputa sul grado, che deve competere al creditore per esigere ogni resto del suo credito, e può dar luogo alla disputa se vantando questi altro credito posteriore con ipoteca speciale possa sentir danno dalla concessione del subingresso legale nella ipoteca generale del suo primo credito.

2208. Non vi è dubbio, che la formula, con la quale la legge stabilisce il subingresso, concede al cedente la prelazione di fronte a tutti quelli che esigono da lui la espressa cessione delle ragioni, o attendono la legale cessione che si comparte per mezzo del subingresso, stante che la clausula *dummodo contra cedentem non retorquantur nec etiam in concursu* fu sempre dichiarata efficace per assicurare al creditore, dal quale si vuole ottenere la parziale cessione, la prelazione concorrendo il cedente, e il cessionario sopra altri beni per ottenere il pagamento del residuo del credito (*).

2209. Non è però da credersi che una *tal clausula* debba essere portata al di là dell'indicato, e limitato scopo di accordare al creditore la prela-

(*) DE LUCA *De credito discurs.* 8. num. 2. PAULUT. *dissert.* 56. num. 8. *Rot. Rom. in Romana Salviani* 1.º *decembris* 1749 *cor. De Orostequi* §. 6. *et in Romana Salviani* 9 *februarii* 1753 *cor. Bussio* §. 3.

zione per l'esazione del residuo suo credito, giacchè per escludere il cessionario in forza del subingresso legale dal concorrere con le ragioni nelle quali è subingresso sopra altri beni, e nel concorso con altri crediti posteriori del primo creditore si sarebbero dovute aggiungere nella legge espressioni più incalzanti nella circostanza che il valore di questa clausula, per dare al cedente il beneficio di avere la prelazione per altri successivi suoi crediti, è oltremodo dai Dottori contrastata ed impugnata (*).

2210. Ed infatti il creditore che ha più, e diversi crediti in ordine a titoli di data diversa ottiene grado per ciaschedun credito separato e distinto, e si ammette tanto nel suo favore che nel suo danno una vera reduplicazione di persona (*); per la qual cosa per gli ultimi suoi crediti viene nel grado, che a lui si compete, gravato dalle precedenti collocazioni, alle quali potrebbe facilmente portare un danno colludendo col debitore, ricevendo da lui in danno dei creditori intermedj un ipoteca per un altro nuovo credito sopra i beni che servir potrebbero alla soddisfazione del credito assicurato con la ipoteca generale, e spogliando con questa i creditori intermedj allegare la non retor-

(*) DE LUCA *De credito discours.* 8. num. 7. SCHIETT. *De jure offerendi part.* 2. cap. 2. num. 43. 44 et 45.

(*) SALGAD. *Labyrinth. cred.* part. 3. cap. 15. §. unic. num. 87.

sione delle sue generali ipoteche, per ottenere così il grado utile tanto per la generale ipoteca, quanto per la ultima, e posteriore ipoteca speciale.

2211. La interpretazione estensiva che si desse al citato art. 188 porterebbe all'inconveniente gravissimo di ammettere l'avvertito mezzo di collusione, mentre il creditore con ipoteca generale può a parer mio essere repulso, se avrà con fatti volontarj, e dolosamente cooperato a render vano ed inutile il subingresso legale, come andai dimostrando trattando sì fatta questione nell'interesse dei terzi possessori (*).

(*) Vedi sopra §. 2018 e seg.

SEZIONE TERZA

*Delle specialità che s'incontrano nell'ordine dei
creditori per il fatto dei medesimi.*

S O M M A R I O

- Le convenzioni successive possono modificare la ipoteca §. 2212.
 Le convenzioni fatte col debitore possono portare la rennzia o la
 riduzione della ipoteca: quelle con i terzi la traslazione, o la tra-
 sposizione §. 2213.
 Traslazione della ipoteca per opera della legge, e suoi effetti §. 2214.
 Traslazione per opera dell'uomo, e intralci di fatto, e questioni che
 possono aver luogo §. 2215.
 Regola generale nel caso di più concorrenti in ordine all'istesso ti-
 tolo §. 2216.
 Applicazione della regola §. 2217.
 Limitazioni alla detta regola §. 2218.
 Ragioni delle limitazioni §§. 2219. 2220. 2221. 2222.
 Trasposizione della ipoteca quando abbia luogo §. 2223.
 Per parlare di trasposizione di grado la convenzione deve escludere
 i termini di una generale rennzia §. 2224.
 La trasposizione ha luogo senza pregiudizio dei creditori intermedj
 §. 2225.
 La trasposizione della ipoteca nel caso di convenzione col terzo pos-
 sessore deve esser fatta in modo, che il creditore prenda la data
 dopo l'atto del terzo possessore §. 2226.
 Necessità dimostrata di tener dietro alla trasposizione dei gradi spe-
 cialmente per regolare l'intervento delle obbligazioni che d'ordi-
 nario alricercano alle donne maritate §§. 2227. 2228. 2229. 2230.

2212. **D**opo la costituzione delle ipoteche pos-
 sono sopravvenire alcune convenzioni portanti la
 modificazione dell'esercizio delle medesime. Queste

convenzioni possono esser poste in essere fra i creditori e il debitore, e possono riguardare i terzi contraenti dopo le infisse ipoteche.

2213. Le convenzioni fatte col debitore in pregiudizio della ipoteca portano la renunzia, o la riduzione della ipoteca stessa. Le convenzioni fatte con i terzi, quando non abbiano luogo in grazia del debitore, possono portare alla traslazione, o alla trasposizione del grado competente alla ipoteca medesima.

2214. La ipoteca si trasferisce per ministero della legge negli eredi del creditore; e siccome quando non vi è disposizione in contrario, le azioni e i crediti si dividono *ipso jure*, non deve per altro credersi che la ipoteca si divida fra gli eredi, ma come individua passa in tutti gli eredi ad assistere la rata del proprio credito, e si fa luogo fra loro alla parità del grado per ottenere il pagamento dell'intero credito, o la perdita proporzionale del medesimo (*), alla condizione peraltro che la ipoteca primitiva sia stata per conto della eredità, o di tutti gli eredi legittimamente conservata con le opportune iscrizioni nel caso in cui il creditore originario non l'avesse iscritta, o nell'altro in cui si fossero le prime iscrizioni dovute rinnovare (*).

(*) *Leg. Solutum 11. §. si creditori ff. De pignorat. act. Leg. 1. Cod. Si unus ex pluribus hæredibus creditoris vel debitoris etc.*

(*) *Tom. II. §§. 1667 e 1668.*

2215. La ipoteca si trasferisce per il fatto dell'uomo mediante la cessione delle azioni e ragioni competenti al creditore originario. Quando il trasporto della ipoteca accade per la totalità del credito si verifica la piena surroga del cessionario al cedente, ed in questo caso si verifica una semplice mutazione di persona, dicendosi il cessionario l'immagine del cedente (*). Quando il trasporto della ipoteca accade in forza di parziali cessioni di ragioni fatte in più tempi a diverse persone, o che una parte delle ragioni rimane nel cedente, avviene quell'intreccio di atti, il quale può dar luogo ad una graduatoria incidente sul credito ipotecario che forma il subietto della cessione, che le Leggi francesi chiamano *sous-ordre*; la qual graduatoria incidente le dette leggi specialmente ammettono nel caso in cui compariscono i creditori a domandare il grado al loro debitore competente (*).

2216. Per determinare questa graduatoria incidente giova ricordare le regole, e le limitazioni che possono venire invocate; ed è per questo che per regola generale deve ritenersi, che concorrendo più persone nello stesso grado in ordine all'istesso titolo, e con l'istessa ipoteca (semprechè attualmente sia conservata) deve aver luogo la collocazione fra loro in contributo come se il cre-

(*) SCHETT. *Enodationes ad L. 3. Cod. De novat. cap. 1. num. 29. SALGAD. Labyrinth. credit. part. 1. cap. 26. §. unic. num. 5. 6. 7. 8.*

(*) *Cod. di Procedura civile dei Francesi art. 778.*

dito appartenesse sempre al solo creditore originario (*).

2217. Questa regola deve applicarsi

I. nel caso semplice in cui il creditore abbia ceduto una parte del suo credito promettendo la sola verità del credito ceduto, e concorra il cedente e il cessionario sopra i beni del debitore per esigere l'uno il resto del credito, l'altro il credito ceduto (*),

II. nel caso della esistenza di più cessionarij con date diverse dei titoli, che nel loro complesso comprendano il vero importare del credito (*).

2218. Questa regola dovrà limitarsi

I. quando il cedente abbia promessa la esigibilità della parte del credito ceduto,

II. quando sia stato convenuto che il cessionario non possa ritorcere contro il cedente le ragioni cedute neppure in concorso,

III. quando finalmente alle diverse cessioni sia stata data una legge particolare.

2219. Si limita la regola nel primo caso perchè il cedente che garantisce la esigibilità della parte del credito ceduto, oltre rimanere in proprio obbligato, viene a convenire tacitamente, che concorrendo con il cessionario per il resto del suo

(*) SCHETTIN. *De jure offerendi credit. et in ejus loc. succed. part. 2. cap. 2. num. 39. 40. 53. 54.*

(*) SALGAD. *Labyrinth. credit. part. 3. cap. 13. §. unic. num. 83.*

(*) *Idem num. 84.*

credito deve al cessionario stesso accordarsi la prelazione, per cui nel grado ipotecario da concedersi nella sua totalità al dirimpetto dei terzi dovrà contenersi una subalterna graduazione per la quale verrà accordata la prelazione al cessionario (*).

2220. Si limita la regola nel secondo caso perchè mediante il convenuto patto della non retorsione si preserva al cedente il diritto della prelazione per esigere il residuo del suo credito (*), prelazione che deve sempre accordarsi allorchè si tratta di concorrere sopra gli altri beni del debitore, e non già sopra quelli con il retratto dei quali il creditore ottenne il parziale pagamento e per cui fece la parziale cessione (*).

2221. Nella seconda configurata ipotesi il cessionario secondo, che avrà ricevuto dal creditore la cessione delle ragioni niuna esclusa nè eccettuata per conseguire il residuo credito a favore del quale fu già convenuta la prelazione, avrà il diritto di essere preferito al cessionario primo, e la posteriorità del titolo darà luogo alla prelazione (*) come a favore dei cessionarj secondi della metà della dote inalienabile in prelazione dell'altra metà alienabile è stato dai Tribunali stabilito.

(*) SALGAD. *Labyrint. credit. part. 3. cap. 13. §. unic. post num. 85.*

(*) SCHETT. *De jure offerendi part. 2. cap. 2. num. 45 et 46*, al quale aggiungi le Decisioni citate nella *nota 1 del §. 2208.*

(*) DE LUCA *De credito discours. 8. num. 6.*

(*) TROPLONG *Comment. tom. 1. num. 379.*

2222. La ultima limitazione è quella che può desumersi dai patti delle rispettive cessioni, mentre può un creditore secondo la diversità dei suoi impegni, col consenso del cessionario, determinare l'esercizio delle ragioni cedute dopo una precedente parziale cessione, essendo riconosciuto non essere alle leggi contrario, che l'esercizio dei diritti ceduti avvenga in tale o altro modo quando non vi è il danno dei creditori posteriori, i quali hanno il diritto di avere dopo il credito ceduto senza vincoli e senza alterazione alcuna il loro grado, come se li atti di cessione non fossero intervenuti.

2223. Ora passando a parlare della trasposizione dei gradi osservo, che questa ha luogo alloraquando il creditore anteriore presta il suo consenso alla costituzione della nuova ipoteca con espressa dichiarazione che non intende di rinunciare a quella ad esso competente, o quando promette di non esercitare la propria ipoteca direttamente o indirettamente contro un terzo possessore, o contro un altro creditore.

2224. Per parlare di trasposizione di grado conviene che la convenzione non importi assoluta renunzia della ipoteca, nel qual caso la sorte dei creditori posteriori viene a sentire il vantaggio per la estinzione della ipoteca anteriore secondo il disposto della *Legge Paulus 12. ff. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; ma se la convenzione importa modificazione della ipoteca, ed

è fatta fra creditore e creditore, ha luogo la trasposizione del grado. Il creditore secondo ascende al grado del creditore primo consenziente, e questo creditore discende per tanti altri gradi quanti sono necessarj per ritenere quello spettante al creditore da lui favorito.

2225. Questa trasposizione di grado ha luogo senza pregiudizio dei creditori intermedj, i quali come nel caso della cessione delle ragioni debbono ravvisare una semplice mutazione di persona: per la qual cosa se il credito primo è di minor somma del secondo, la trasposizione ha luogo per la minor somma soltanto; e se è di maggior somma, allora questa trasposizione si opera per la minor somma a favore del creditore secondo, restando fermo il grado per ogni di più della somma a favore del creditore consenziente.

2226. Quando la convenzione ha luogo fra un terzo possessore ed il creditore anteriore non può parlarsi di due competenti gradi ipotecarj, ma deve aver luogo la trasposizione del grado con posdatare la ipoteca anteriore, attribuendo a questa una data posteriore al titolo del terzo possessore onde non possa a lui arrecarsi alcuna molestia, ed i creditori intermedj sopra gli altri beni del debitore saliscono allora altrettanti gradi quanti ne deve discendere il creditore consenziente (*).

(*) Sopra questo interessante articolo della trasposizione

2227. Nè si creda che questa trasposizione di gradi non possa aver luogo sotto l'impero delle nuove leggi, poichè a questo proposito servirebbe che si citassero da me due casi pratici, l'uno avvenuto per convenzione fra creditori e creditori (*), l'altro relativo a convenzione fatta fra creditore ed un terzo possessore (**); ma tal trasposizione deve per necessità verificarsi sotto l'impero della Legge ipotecaria toscana non solo perchè non sono impedita da questa legge le convenzioni previste dagli antichi scrittori in materia, quanto ancora per la ragione che vado ad esporre.

dei gradi merita di essere consultato il SALGAD. *Labyrinth. cred. part. 3. cap. 13. §. unic. num. 100 et seq.*

(*) Con la sentenza proferita dal Magistrato civile e consolare di Livorno, a relazione del Presidente Gilles, nel dì 25 settembre 1822 nel giudizio di graduatoria dei Creditori Pampana fu concesso al creditore posteriore di essere collocato nel grado del creditore anteriore, perchè aveva promesso di non far valere i propri crediti in pregiudizio del detto creditore posteriore concorrendo sopra i beni del comune debitore.

(**) Con sentenza proferita dal Tribunale di Prima Istanza di Pisa nel dì 19 febbrajo 1837, sedente l'Auditore Silvio Bonajuti, nel giudizio di graduatoria dei Creditori Morandini fu obbligato il creditore che aveva promesso di non dedurre direttamente, o indirettamente le azioni e diritti di credito e d'ipoteca contro i beni a favore di un terzo alienati, a ritenere un grado posteriore alla data del titolo di acquisto dal terzo onde non portasse evizione ad altri creditori o a carico di altri terzi possessori, e così rendesse certa quella evizione indiretta, che aveva promesso di non arrecare con i propri diritti.

2228. Le donne maritate secondo il Codice civile dei Francesi potevano obbligarsi come garanti dei loro mariti o anco solidalmente con essi, e nell'uno e nell'altro caso la legge accordava alle medesime una legale ipoteca con la data delle contratte obbligazioni, esente pur essa da qualunque iscrizione. La concessione di questa ipoteca legale rendeva meno frequente il bisogno di parlare di trasposizione delle ipoteche, perchè nella nuova legale ipoteca eravi maggiore estensione quanto ai beni essendo essa generale, e quanto ai mezzi di conservazione perchè era esente dalla iscrizione.

2229. Sotto l'impero della nuova Legge toscana di questa legale ipoteca non può più parlarsi, come fu già da me osservato (*); e siccome l'uso frequente delle contrattazioni porta, che non rare volte ad assistere i contratti che si fanno dai mariti o per cambi, o per alienazioni si rende necessario l'intervento delle mogli, le quali investono i patrimonj dei loro mariti con la loro generale

(*) *Tom. II. §§. 1149. 1150. 1151. 1152. 1153. 1154.* Aggiungo che la Legge del 20 novembre 1838, la quale ha accordato maggiore libertà alle donne di quella che avevano a loro concessa le Leggi del 15 novembre 1814 e 25 gennaio 1815, esige ciò non ostante l'autorizzazione giudiziale delle donne maritate quando queste siano per disporre dei loro beni quantunque estradotali nell'interesse e comodo del marito, e perciò non ho bisogno di fare osservazioni contrarie a quanto scrissi nei §§. sopraccitati.

legale ipoteca, è pertanto indispensabile che si abbia in mente la necessità alla quale porta l'atto di restrizione della ipoteca legale, o l'intervento, adesione e consenso della donna maritata di fare la trasposizione della sua ipoteca, onde non avvenga il danno dei creditori intermedj, i quali attesa la pubblicità delle ipoteche possono sempre opporre le eccezioni del dolo contro li atti fatti dalle donne maritate con avere pregiudicato le loro legali ipoteche.

2230. In conseguenza di che i Magistrati nell'autorizzare li atti delle donne maritate relativi alle loro doti debbono aver presenti le avvertite teorie sulla necessaria trasposizione delle ipoteche legali, perchè se la donna viene a garantire un nuovo debito del marito è necessario, che si costituisca una nuova ipoteca, nella quale la donna è costretta a discendere, dovendo cedere il suo grado al creditore da essa garantito; e se questa permette l'alienazione di un fondo, è necessario aver presente lo stato attivo e passivo del marito al giorno in cui il consenso viene prestato, perchè i creditori intermedj fra l'atto di vendita, e la data della ipoteca legale (non potendo più subingredere nella pienezza delle di lei prime ipoteche) possono domandare giustamente la trasposizione della ipoteca legale renunciata alla data dei loro titoli, inquantochè il consenso comparisce prestato con affetto, ed effetto di pregiudicare i creditori posteriori intermedj.

SEZIONE QUARTA

Delle specialità che s'incontrano nell'ordine dei creditori per il passaggio dei beni nei successori, e aventi causa dal debitore.

S O M M A R I O

- Per le Leggi romane anco nel caso del trapasso dei beni in eredi, o compratori, i creditori dell'autore restavano nella loro classe §. 2231.
- I creditori dell'erede e dell'alienatario vincevano i creditori del defunto, o dell'alienante sopra i beni particolari del loro debitore §. 2232.
- Il Codice civile dei Francesi accorda la prelazione ai creditori del defunto sopra i beni ereditarij, se sono iscritti dentro i sei mesi dalla morte §. 2233.
- Quanto alle ipoteche dei creditori dell'alienante si fanno distinzioni e si propongono difficoltà §§. 2234 e 2235.
- Disposto della Legge toscana a riguardo dei creditori degli alienanti anteriori al 1.º maggio 1808 §. 2236.
- Disposto della Legge del 19 febbrajo 1820 rapporto alle ipoteche costituite prima della volta §. 2237.
- Disposto della nuova Legge generale rapporto ai creditori di un defunto, e di un alienatario §§. 2238 e 2239.
- Regole che si stabiliscono per determinare il grado dei creditori §. 2240.
- Distinzione dei gradi secondo la diversità della data dell'apertura delle successioni, trattandosi di creditori di un defunto §§. 2241. 2242. 2243.
- Distinzioni dei gradi secondo la diversità della data delle alienazioni §§. 2244. 2245. 2246.
- Ragioni che si danno sulle proposte distinzioni relative al concorso dei creditori di un defunto con quelli dell'erede §§. 2247. 2248. 2249.

Osservazione sul concorso dei diversi creditori a causa di un'alienazione anteriore al 1.º maggio 1808 §. 2250.

Ragioni che suggerirono il particolare disposto dell'art. 11 della Legge del 25 dicembre 1819 §§. 2251. 2252. 2253. 2254. 2255. 2256.

Questioni elevate nel caso di alienazione di beni avvenuta sotto l'impero del Codice civile, ed opinioni diverse §. 2257.

Si confutano le decisioni della Rota Romana, e della Corte Regia che darebbero la prelazione ai creditori dell'alienatario §. 2258.

Ragioni che si adducono per accordare la prelazione ai creditori iscritti nel termine prescritto dalla legge dopo la fatta trascrizione §§. 2259. 2260. 2261. 2262. 2263.

Assurdi che s'incontrano ammettendo la opinione contraria §§. 2264 e 2265.

Si conferma la prelazione a favore dei creditori dell'alienante a seconda delle Leggi toscane del 1819 e del 1820 §§. 2266 e 2267.

I creditori dell'alienante iscritti nel termine vincono i creditori dell'alienatario quantunque precedentemente iscritti secondo il disposto della nuova Legge generale §§. 2268 e 2269.

2231. Il sistema della collocazione dei creditori per le Leggi romane era semplicissimo nel caso del trapasso dei beni da uno in altro possessore: ciaschedun creditore stava nella classe che a lui apparteneva in ragione della persona che aveva costituito la ipoteca; l'anteriorità sua non veniva a mancare ancora quando i beni fossero trasferiti negli eredi, e nei terzi possessori.

2232. I creditori stessi dell'erede e dell'alienatario, il primo dei quali ratificava l'obbligazione espressa dei di lui beni fatta dal suo autore, e il secondo dei quali assicurava con la nuova sua obbligazione risultante dall'atto dell'accollo i debiti dell'alienante, dei quali prometteva la dimissione

col prezzo in sue mani esistente, vantavano la prelazione sopra i beni particolari dell'erede e dell'alienatario (*).

2233. Secondo il Diritto francese i creditori del defunto ritengono la loro prelazione se sono iscritti dentro sei mesi dal dì dell'aperta successione (*), non possono parlare d'ipoteca generale sopra i beni particolari dell'erede se non ottengono la di lui personale condanna (3), e dopo il termine dei sei mesi i creditori del defunto e dell'erede concorrono secondo la data delle loro iscrizioni (4).

2234. Accadendo un'alienazione con titolo particolare è fuori di questione, che i creditori dell'alienante iscritti prima dell'alienazione debbono essere preferiti a quelli dell'alienatario; ma le opinioni sono diverse a riguardo dei creditori iscritti dopo l'atto di alienazione dentro il termine assegnato a partire dalla effettuata trascrizione dell'atto di alienazione secondo il disposto dell'articolo 834 del Codice di Procedura civile.

2235. Alcuni tengono, che i creditori dell'alienante debbano essere preferiti a quelli dell'alienatario sebbene iscritti anteriormente (5); altri

(*) MERLIN. *De pignoribus lib.* 4. *quæst.* 35. *num.* 11.

(*) *Cod. Civile dei Francesi art.* 2111.

(3) GRENIER *Des hypothèq. tom.* 1. *num.* 129. TROPLONG *Comment. tom.* 2. *num.* 390.

(4) BATTUR *Des hypothèq. tom.* 1. *num.* 82.

(5) PERSIL *Comment. art.* 2177. *num.* 2.

tengono, che questi creditori possano inscrivere con effetto le loro ipoteche in pregiudizio dell'alienatario ma non già in pregiudizio delle ipoteche da esso imposte posteriormente al suo titolo d'acquisto, ed iscritte avanti i creditori dell'alienante che ritardarono le loro iscrizioni (*).

2236. La Legge toscana del 25 settembre 1819 nell'articolo 11 decise la controversia a pregiudizio dei creditori dell'alienante anteriori al 1.º maggio 1808 i quali non avendo mai rese pubbliche le loro ipoteche furono ammessi ad inscrivere in nuovo termine di grazia, che fu concesso da questa legge (*); ma niun'altra disposizione contiene in rapporto agli alienatarij posteriori al 1.º maggio 1808 e ai loro creditori ai quali ordinò d'inscrivere le loro ipoteche in un determinato periodo di tempo, in quanto che alla trascrizione fu la voltura estimale sostituita, aggiungendo però a riguardo degli alienanti creditori del resto del prezzo *con quelli effetti medesimi che ad essi sarebbero derivati dalla iscrizione fatta in sequela dell'effettuata trascrizione, e quanto ai creditori con quelli effetti medesimi che sarebbero ad essi risultati dalla iscrizione che avrebbero potuto prendere quindici giorni dopo la seguita trascrizione.*

2237. La Legge del 19 febbrajo 1820 aggiunse

(*) TROPLONG *Comment.* tom. 3. num. 843.

(*) *Ved. Lib. II. §. 1721.*

nell'articolo 20, che il difetto di voltura estimale portava sospensione del passaggio del dominio dei beni nell'alienatario, e ritenne la efficacia delle ipoteche costituite dall'alienante prima della voltura.

2238. La nuova Legge generale rapporto agli eredi dichiara nell'articolo 90 *che le obbligazioni dell'erede anteriore alla voltura dei beni non pregiudicano i creditori del defunto*; ed a riguardo degli alienatarj nell'articolo 114 stabilisce *che ai creditori con ipoteca, e con privilegio sopra un immobile che per un titolo qualunque traslativo del dominio viene alienato dal debitore prima che i medesimi abbiano eseguite le loro iscrizioni, resta preservato ad eseguirle posteriormente un termine di giorni trenta, che si computa da quello della voltura in conto proprio dell'alienatario*. Questo termine è soggetto ad un aumento ove si tratti d'ipoteca legale, o di privilegio per il quale sia concessa maggior dilazione.

2239. Aggiunge la nuova Legge nell'art. 116 che il termine è di rigore, per cui le iscrizioni posteriori dei detti creditori *restano senza effetto e non pregiudicano al nuovo proprietario, e a chi abbia causa dal medesimo*. Nell'art. 217 accorda la utilità e l'effetto alle ipoteche e ai privilegi iscritti per debiti formati dopo l'alienazione, ma avanti la domanda di voltura, e dichiara in fine nell'art. 120 *che i creditori che hanno iscritto nei modi e nei termini ordinati dal presente motupro-*

prio, come gli esenti dalla iscrizione, non risentono pregiudizio alcuno dalle alienazioni che dei beni ai medesimi obbligati possano farsi dai debitori.

2240. Premessa questa storica esposizione delle leggi che hanno regolato e regolano la sorte dei privilegi e delle ipoteche, credo utile di determinare le regole che debbono essere adottate per collocare i creditori dei defunti e dei loro eredi, o degli alienanti e dei loro successori a titolo singolare, e queste regole così compendio.

I. Nel caso che le iscrizioni dei creditori siano anteriori all'aperta successione, e alla relativa alienazione, si sta alla regola generale, e il grado assicurato con la data della iscrizione non può incontrare opposizione, non potendo i creditori degli eredi e dei successori a titolo particolare avere un grado anteriore a quello competente ai creditori degli autori.

II. Nel caso che le iscrizioni siano posteriori, giova distinguere la data della apertura delle successioni e delle iscrizioni dei crediti, e la data delle alienazioni e delle posteriori iscrizioni dei creditori dell'alienante.

2241. Parlando delle successioni, giova procedere con le seguenti distinzioni.

DISTINZIONE I. — Se si tratta di successioni anteriori al 1.º maggio 1808, i creditori dei defunti vinceranno sempre i creditori degli eredi se compariranno iscritti non solo nei termini stabiliti con i primi Decreti imperiali che introdussero il

sistema ipotecario, ma ancora nei termini stabiliti dalla Legge del 2 maggio 1836 atteso il beneficio della separazione dei patrimoni competente a quei creditori che rimasero esenti dall'onere della iscrizione fino alla promulgazione di quella legge.

2242. **DISTINZIONE II.** — Trattandosi di successioni aperte dopo il 1.º maggio 1808, i creditori dei defunti iscritti dentro i sei mesi dopo l'aperta successione debbono ottenere grado anteriore ai creditori dell'erede che abbiano prevenuto i creditori del defunto.

2243. **DISTINZIONE III.** — Se si tratta di successioni aperte dopo il 1.º luglio 1836, giorno in cui spiegò la sua forza la Legge vigente senza ripetere ciò che attiene al beneficio della separazione dei patrimoni, le iscrizioni accese dai creditori ipotecarij senza far menzione di quel beneficio vinceranno i creditori dell'erede, sebbene iscritti, quando quelle dei creditori ipotecarij del defunto si troveranno anteriori alla voltura dei beni in faccia dell'erede, non ostante che le iscrizioni dei creditori particolari del medesimo siano state accese in prevenzione di questa voltura.

2244. Parlando delle alienazioni, giova fare altre tre distinzioni.

DISTINZIONE I. — Se si tratterà di alienazioni avvenute avanti il 1.º maggio 1808, ed i creditori dell'alienante avranno iscritto nei termini assegnati dai primi decreti, e rinnovate le loro

inscrizioni, competerà ad essi il grado che assicurava loro il titolo; se avranno ritardato ad inscrivere per la prima volta a tutto il mese di giugno 1820 e nel tempo intermedio gli alienatarj avranno costituite diverse ipoteche, i creditori particolari anteriori nella iscrizione vincer debbono i creditori degli alienanti tardivamente iscritti.

2245. **DISTINZIONE II.** — I creditori degli alienanti posteriori al 1.º maggio 1808 e iscritti nel termine a loro assegnato dall'art. 834 del Codice di Procedura civile dei Francesi, debbono vincere nel grado i creditori iscritti a carico dell'alienatario fra l'atto di alienazione e il termine assegnato dalla legge dopo la trascrizione dell'atto di mutazione.

2246. **DISTINZIONE III.** — L'istessa prelazione deve stabilirsi ai creditori degli alienanti posteriori al 25 dicembre 1819, ed a tutti i creditori degli alienanti posteriori alla Legge del 2 maggio 1836, iscritti nei termini di rigore dopo la domanda di voltura estimale che tiene oggi luogo della trascrizione introdotta fra noi dalle Leggi francesi.

2247. Premesse queste distinzioni, conviene ora ch'io passi a rendere le ragioni per le quali ho creduto di dovere stabilire nel modo sopra enunciato le diverse collocazioni dei creditori nei sopra distinti casi.

2248. Le osservazioni già da me fatte sul be-

nefizio della separazione dei patrimoni ⁽¹⁾, e sopra i termini utili per le iscrizioni delle antiche ipoteche ⁽²⁾, dimostrano la giustizia della prima distinzione nel caso di successioni; in conseguenza, senza ripetermi, a ciò che ho scritto io mi riporto.

2249. Merita la stessa sorte la seconda distinzione per l'espresso e letterale disposto della ultima parte dell'articolo 2111 del Codice civile dei Francesi già da me citato, ed il letterale disposto dell'articolo 90 della Legge toscana giustifica pienamente la terza distinzione.

2250. L'articolo 11 della Legge del 25 dicembre 1819 è quello il quale suggerisce la distinzione prima sulle alienazioni, in quanto che determina che la iscrizione tardiva dei creditori degli alienanti anteriori al primo maggio 1808, per la quale fu concesso un nuovo termine a tutto il mese di giugno dell'anno 1820, non può nè deve pregiudicare i creditori particolari dell'alienatario che hanno contrattato nel tempo intermedio fra l'alienazione e la iscrizione, ritenendo fra questi creditori l'antiorità del grado secondo la data della iscrizione.

2251. Ad oggetto che non si creda che in questo articolo si ripettesse una regola fissa, e invariabile a riguardo dei creditori iscritti posteriormente dopo l'atto di alienazione, conviene che si

(¹) *Lib. I. cap. 8. e 10.*

(²) *Lib. II. cap. 5. sez. 2.*

considerino le cause e le occasioni, le quali mossero il Legislatore a così decretare nella Legge del 25 dicembre 1819.

2252. Era in Toscana stata pubblicata la legge la quale obbligava ad inscrivere tutte le ipoteche anteriori al 1.^o maggio 1808. In questa legge fu determinato che le antiche ipoteche non iscritte nel termine assegnato non avrebbero più conservata la data che ad esse assicurava il titolo antico. La iscrizione ipotecaria per la legge transitoria dovea produrre l'effetto di conservare all'antica ipoteca la sua data. Nella stessa legge fu fatta menzione della trascrizione a carico degli alienatarj i quali non avessero purgato le ipoteche gravanti i beni da essi acquistati con i metodi prescritti dalle antiche leggi.

2253. I creditori, che avevano omessa la iscrizione, sostennero che non ostante la perdita della loro ipoteca con la data primitiva del credito, potevano con effetto inscriverla contro i beni già alienati, in quanto che gli acquirenti non avendo potuto purgare le antiche ipoteche con la sola voltura estimale, non potevano omettere la trascrizione del suo titolo a loro imposta dalla nuova legge transitoria.

2254. Considerata attentamente la questione, non fu posto in dubbio la perdita del grado della ipoteca nel concorso fra i creditori, ma si sostenne efficace la ipoteca antica non iscritta di fronte all'antico compratore, nel di cui possesso e domi-

nio erano già passati i beni per la circostanza che aveva omessa la trascrizione del suo titolo, per mezzo della quale poteva annientare le antiche ipoteche non iscritte (*).

2255. Penetrato il Legislatore toscano della verità che la Legge transitoria francese, e la successiva giurisprudenza avevano mantenuto in stato di efficacia le ipoteche non iscritte dei creditori degli alienanti, dovè limitare gli effetti delle iscrizioni tardive, che Esso toglieva con l'assegnazione del nuovo termine dallo stato di poter nuocere ai terzi possessori, e negò in conseguenza agli antichi creditori qualunque prelazione di fronte ai creditori iscritti a carico degli alienatarj, siccome in pariformi termini nel concorso dei creditori degli alienanti anteriori alla Legge del dì 11 brumajo anno 7.^o aveva deciso la Corte d'Appello di Aix nel 15 piovoso anno 13.^o, e la Corte di Cassazione nel 13 brumajo anno 14.^o (*).

2256. L'articolo 11 della Legge del 25 dicembre 1819 deve per la verità e per la giustizia considerarsi come un'appendice al Decreto dell'Amministratore Generale della Toscana del 14 aprile 1808, ed ai Decreti Imperiali del 5 agosto 1809 e 6 maggio 1811. Il decreto dell'Amministratore generale contiene le disposizioni identiche transi-

(*) *Tesoro del Foro Toscano tom. 3. dec. 50 la prima, num. 15. e seg.*

(*) *Vedile presso MERLIN Répert. etc. mot Hypothèque, sect. 2. §. 2. art. 15.*

torie che si leggono nella Legge dell' 11 brumajo anno 7.^o agli articoli 38, 39, 44, quindi le disposizioni transitorie del decreto citato dovevano essere soggette alla giurisprudenza costituita per i conformi giudicati della Corte di Cassazione della quale fa parola il Grenier (*), distinguendo sulla trascrizione dei titoli le leggi transitorie, e la giurisprudenza del Codice Civile e quella posteriore al Codice di Procedura civile.

2257. Parlando della seconda distinzione sulle alienazioni, e così a riguardo del concorso dei creditori dell'alienatario iscritti anteriormente a quelli dell'alienante posteriori al 1.^o maggio 1808, per avere questi profittato della dilazione concessa dall'articolo 834 del Codice di Procedura civile dei Francesi, sembrerebbe doversi tenere una simile opinione se si consulta quanto viene osservato dall'annotatore nella decisione del 13 brumajo anno 1814, referita nel *Journal du Palais* tom. 5 pag. 25 dal Tarrible e dal Troplong, i quali sono stati seguitati dalla Rota Romana (*), e dall'attuale Corte Regia sedente in Firenze (†); ma esternar dovendo il mio libero sentimento, io credo che debba prevalere la opinione favorevole ai cre-

(*) *Des hypothèq. tom. 2. num. 350 et suiv.*

(*) *In Romana graduationis 11 maii 1840 cor. Muz-
ZARELLI, inter recoll. a Tranquilli De re hypoth. tom. 13.
dec. 85.*

(†) *Annali di Giurisprud. anno 1841, part. 2. col. 275.*

ditori degli alienanti sostenuta dal Persil e dal Dalloz.

2258. Osservo prima di tutto che di niun peso per la risoluzione della questione sono le due citate decisioni, poichè la Rota Romana nella sua decisione non somministra rilevanti argomenti per decidere la controversia dietro il combinato disposto del Codice civile, e del Codice di Procedura civile dei Francesi, ma si fa forte nel disposto della Riforma Piàna, la quale nell'articolo 11 dispone che *tutte indistintamente le ipoteche sono operative secondo l'epoca della loro iscrizione*; e la Corte Regia si è limitata a citare, senza bisogno e quasi che non fosse contraddetta, l'autorità del Troplong, *tom. 3 num. 843*, in quanto che il processo della purgazione esistente nella Cancelleria del Tribunale di Pisa assicura, che l'effetto passato in quel terzo possessore che lo aveva ipotecato nel 1805 era stato da lui acquistato nel 24 dicembre 1803, per la qual cosa la questione doveva esser decisa non all'appoggio dell'autorità di Troplong, ma all'appoggio del disposto della Legge del 25 dicembre 1819, articolo 11 sopra citato.

2259. I sostenitori della opinione favorevole ai creditori dell'alienante ravvisano l'articolo 834 del Codice di Procedura come semplicemente dichiarativo dell'articolo 2166 del Codice civile, il quale accorda ai creditori iscritti anteriori alla vendita il diritto di perseguire i beni a loro ipotecati, e come un'appendice dell'articolo 2185, il

quale permette al creditore iscritto di rincarare il prezzo offerto dal compratore che acquistò i beni ipotecati privatamente, ed invocando le ben conosciute regole per le quali le leggi declarative si dicono parte delle leggi dichiarate, sostengono, che il disposto dell'articolo 2177 in cui si determina che i creditori particolari dell'alienatario *esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado sopra i fondi rilasciati o aggiudicati dopo tutti quelli che si trovano iscritti a carico dei precedenti proprietari*, deve essere applicato a tutte le iscrizioni utili, e capaci di arrecare lo spoglio del terzo possessore.

2260. A questo solidissimo ragionamento io aggiungo, che in Toscana le antipatie dei Giureconsulti sul disposto del Codice di Procedura come portante innovazione al Codice civile non debbono attendersi, perchè i due codici acquistaron quasi contemporaneamente fra noi forza di legge; per lo che se si deve credere che il Codice di Procedura rovesciasse anzichè dichiarasse la giurisprudenza del Codice civile, noi dobbiamo adottare la giurisprudenza seconda del codice, e non la prima, per essere pervenuto in Toscana, quasi dirò, modificato e corretto dal Codice di Procedura.

2261. Altronde se non si riuniscono le disposizioni dei due Codici, e non si fa dipendere la sorte dei creditori dell'alienatario dalla efficacia e valore del titolo dell'alienante, applicando il disposto dell'articolo 2177 a tutte le iscrizioni

utilmente accese contro il terzo possessore, avverrà l'inconveniente, che le iscrizioni accese a carico del compratore non si avranno mai per purgate ancorchè siasi verificato il di lui spoglio mediante il rincaro, mentre niuno vi è stato fra i compratori che abbia pensato a purgare le proprie ipoteche e ad eccitare i propri creditori al rincaro.

2262. La linea di demarcazione, secondo il sistema del Codice civile modificato dal Codice di Procedura, fra la classe dei creditori dell'alienante e la classe dei creditori dell'alienatario è stata designata col termine di rigore ad inscrivere le ipoteche e i privilegi competenti contro l'alienante.

2263. L'articolo 834 del Codice di Procedura civile portò, io lo voglio concedere, un beneficio ai creditori ipotecarj nella dilazione a loro accordata ad inscrivere, ma nell'istesso tempo restrinse a riguardo degli acquirenti lo stato di esenzione quasi dirò assoluta, in cui il Codice civile aveva lasciato molti fra i privilegi.

2264. Per la qual cosa se a questo Codice si è fatto, e si fa plauso e ricorso per far mancare, accaduta la trascrizione, i privilegi che non furono iscritti nel breve periodo che dall'articolo 834 è concesso, essendo stati al dirimpetto delle alienazioni equiparati alle ipoteche, non può non riconoscersi vizioso qualunque ragionamento col quale insinuar si voglia che l'articolo 834 non dev'essere atteso a danno dei creditori del nuovo acquirente perchè riconosce la efficacia delle ipoteche non iscritte avanti l'alienazione.

2265. L'ammettere un ragionamento di tal fatta sarebbe del tutto vizioso, poichè della nuova legge si deciderebbe secondo il partito che si prendesse in una questione, mancando di rispetto alla legge nuova nella sola parte che deroga al principio che non favorisce, e cambiandosi la critica in lode ove il favore concede. Questo modo di ragionare, appena tollerato ai difensori delle parti offese dalla nuova disposizione, non è tollerabile nelli scrittori alla materia, i quali debbono dimostrare con imparzialità quale è il sistema ammesso da un codice e da una legge, e debbono più di tutto spingere le loro considerazioni e le loro osservazioni al lodevol fine di conservare la unità del sistema, senza la quale tutte le leggi sono viziose, e più specialmente lo sono quelle che appartengono ad una materia particolare che interessa l'ordine pubblico ed il favore delle contrattazioni, per le quali si ottiene l'incremento della pubblica prosperità.

2266. Dopo le premesse avvertenze, con maggiore facilità scendo a confermare la distinzione terza, e così la sorte delle iscrizioni nel caso di alienazioni posteriori alle nuove Leggi toscane, in quanto che se fosse vero che la tardiva iscrizione accesa nel termine di giorni quindici dopo la effettuata trascrizione non fosse stata utile nel concorso con i creditori dell'alienante, la Legge del 25 dicembre 1819 non avrebbe distinto le vendite anteriori al 1.º maggio 1808 e quelle posteriori, e non avrebbe formato un caso eccezionabile per

i creditori dei primi alienanti, e quanto a quelli dei secondi non avrebbe parlato degli effetti generali preservati dalle leggi. La discretiva che esiste fra l'articolo 11 e l'articolo 12 della Legge del 25 dicembre 1819 dimostra che il disposto dell'articolo 11 portante la prelazione nei creditori dell'alienatario, e la posteriorità dei creditori dell'alienante tardivamente iscritti contiene una limitazione alla regola generale, la quale limitazione conferma la regola stessa in tutti gli altri casi.

2267. Se poi alla citata discretiva si aggiunge il disposto della Legge del 19 febbrajo 1820 nell'articolo 14 sopra riportato (*), si avrà la conferma che secondo le nuove Leggi toscane la voltura estimale determina la linea di demarcazione fra i creditori dell'alienante e dell'alienatario, non potendo senza la voltura dei beni darsi valida ed efficace costituzione d'ipoteca a favore dei creditori del nuovo acquirente.

2268. La nuova Legge generale toscana ha seguitato il piano legislativo già preparato dalle precedenti leggi, le quali riunirono nella voltura gli effetti tutti della trascrizione francese, ed ha dalla voltura estimale segnato il punto di partenza per stabilire la norma delle iscrizioni da accendersi dai creditori del defunto, e l'efficacia delle obbligazioni dell'erede, come si ha dall'articolo 90.

(*) *Lib. II. §. 1724. not. 1.*

Quindi la legge stessa nel capitolo 11 artic. 114 e segg. ha stabilito, che ai creditori dell'alienante è preservato il termine di un mese ad inscrivere le loro ipoteche ed i loro privilegi, e dopo questo termine può aver luogo il giudizio di purgazione d'ipoteche tanto volontario che coatto, come si rileva dal combinato disposto degli articoli 152 e 158 della citata legge.

2269. Rilevo in fine che nella medesima legge sono riunite tutte le disposizioni relative alla materia ipotecaria, ed è così venuto a mancare ogni pretesto per considerare e ritenere le disposizioni sulla trascrizione dei titoli di mutazione, e sopra il termine assegnato ai creditori ad inscrivere come sovversive del sistema ipotecario, inquantochè tutte le disposizioni essendo in una sola legge riunite, il Legislatore coerente alla dichiarazione contenuta nella parte proemiale della sua legge, ha per necessità del suo concetto dovuto modificare il sistema ipotecario perfezionandolo con stabilire, come altra volta notai, la uniformità di principj e di massime fondamentali del nuovo sistema, fra le quali vi è quella che fino al compimento della voltura estimale non si attribuisce efficacia al titolo traslativo della proprietà, e perciò non può sopravvenire una nuova classe di creditori.

SEZIONE QUINTA

Del diverso modo di collocare le ipoteche secondo la natura, e indole dei crediti ai quali accedono.

S O M M A R I O

- La data della ipoteca assicura il grado, ma non la esigibilità del credito §. 2270.
- Distinzioni e classazione dei crediti §. 2271.
- Crediti scaduti e non scaduti quali sono §. 2272.
- Crediti certi a tempo §. 2273.
- Crediti condizionali §. 2274.
- Crediti investiti da condizioni sospensive §. 2275.
- Distinzione delle condizioni in potestative, casuali, e miste §. 2276.
- Grado da accordarsi ai crediti investiti da condizioni potestative §. 2277.
- Applicazione delle citate distinzioni secondo il metodo comparativo §. 2278.
- Regole speciali secondo la Giurisprudenza antica §§. 2279. 2280. 2281. 2282. 2283.
- Regole speciali secondo la Giurisprudenza francese §§. 2284. 2285. 2286. 2287. 2288.
- Regole di Gius toscano §§. 2289. 2290. 2291. 2292.
- Conciliazione delle antiche massime con le nuove Leggi §§. 2293. 2294. 2295. 2296.
- Considerazioni speciali sulle collocazioni delle prestazioni vitalizie §. 2297.
- Considerazioni speciali sopra i crediti eventuali §§. 2298 o 2299.
- Indicazione di alcuni crediti eventuali §. 2300.
- Rinvio di trattare della cessazione della causa dello ipotecario eventuali §. 2301.
- Necessità di limitare il grado alla somma espressa nella iscrizione, quantunque valutabile sia il credito in maggior quantità della espressa §§. 2302 e 2303.

Applicazione di questa osservazione per la collocazione dei padroni diretti sopra i beni affetti dalla ipoteca per essi sussidiaria §§. 2304. 2305. 2306.

2270. **L'**ordine delle ipoteche per regola generale è assicurato dalla data che prendono dall'atto di costituzione, e da quello della loro conservazione; ma la data dell'ipoteca assicura il grado e la prelazione, ma non la esigibilità del credito. Essa è accessoria ad una obbligazione della quale con la ipoteca costituita si assicura la esecuzione, allorchè se ne verifica la esigibilità in ogni rapporto; ma talvolta può accadere, che la inesistenza della obbligazione si opponga alla origine della ipoteca, o per accordare a questa una data diversa, e talvolta la inesigibilità del credito porta un ritardo alla di lei realizzazione per cui si appresta un qualche rimedio suppletivo.

2271. Conviene adunque nel giudizio d'ordine distinguere i crediti esigibili, e scaduti, i crediti puri a termine, e non per anco scaduti, i crediti certi ma temporali, i crediti per rendite perpetue o censuali non repetibili, i crediti condizionali, ossia dipendenti dalla verifica di qualche evento.

2272. I primi sono quelli che possono aver posto in movimento le azioni ipotecarie, e perciò sono collocabili puramente, e liberamente nel grado, e rango che a loro concede la ipoteca ad essi aderente: i crediti e le obbligazioni non scadute sono

quelle che il Codice civile dei Francesi, seguendo in ciò la dottrina del Pothier, chiama obbligazioni a tempo determinato, distinguendole dalle obbligazioni condizionali.

2273. I crediti certi, ma a tempo, sono tutti i censi vitalizj, i legati di prestazioni annue, o alimentizie a vita di un legatario. I crediti certi per rendite perpetue non repetibili sono presso di noi tutti i censi costituiti secondo la Bolla di San Pio V, e i livelli considerati nei rapporti dell'annua corresponsione, che promette l'enfiteuta al padrone diretto, come sono presso i Francesi le rendite perpetue redimibili a contanti.

2274. I crediti condizionali sono quelli che dipendono dalla verifica di qualche evento. La condizione che investe questi crediti può essere *sospensiva* o *resolutiva*; la prima tiene in sospeso la obbligazione, poichè, non avvenendo l'evento, può non verificarsi la obbligazione, e rimanere così senza effetto. La resolutiva non si oppone alla origine della obbligazione, e al di lei esercizio; ma avvenendo l'evento, che forma la condizione, la obbligazione si risolve.

2275. Formano esempio di promesse e obbligazioni sotto condizioni sospensive. 1.° la costituzione di una rendita promessa ad una sposa nel caso che rimanga vedova; 2.° la riparazione della evizione, nel caso che un acquirente di beni si trovi in questi molestato; 3.° la promessa di restituire una somma nel caso di sopravvenienza di

creditori anteriori, e poziori. Formano esempio di obbligazioni soggette a condizione resolutive tutte le convenzioni investite dal patto della legge *commissoria*.

2276. Allorchè il credito è investito da condizioni sospensive, sovente si parla dell'effetto retroattivo della condizione al dì dell'atto per far godere all'ipoteca costituita il grado con la data del giorno della costituzione; ma a quest'oggetto si suddividono le condizioni in *potestative*, *casuali* e *miste*; e mentre si accorda sempre la retrotrazione dell'evento al giorno dell'atto, a riguardo delle potestative dipendenti dalla volontà del debitore, ed anco del creditore unitamente, ed inseparabilmente dal debitore si nega una tal retrotrazione (').

2277. Ciò premesso, per l'oggetto di stabilire la data della ipoteca, ed assicurare la di lei collocazione nel suo grado conviene ritenere, che la distinzione dei crediti in puri, o condizionali, in scaduti, o non scaduti, non altera secondo l'antica e nuova giurisprudenza la data della ipoteca assicurata oggi dall'atto portante valida costituzione della medesima, ossia vero assistito da ipoteca legale, e dalla opportuna e regolare iscrizione, meno che si tratti di crediti investiti da condizione potestativa nel debitore, mentre in questo caso

(') *Lib. II. §. 846 e seg.*

deve accordarsi il grado con la data in cui si verificò la condizione.

2278. Scendendo a trattare della influenza delle fatte distinzioni nei rapporti dell'esercizio della ipoteca, e per gli effetti immediati che si hanno dalla collocazione dei crediti in un giudizio d'ordine, è utile che seguendo il solito sistema comparativo io debba incominciare dall'esporre le regole che si allegavano sotto il sistema delle ipoteche occulte, e così sotto l'impero delle Leggi romane.

2279. Sotto l'antica pratica si diceva, che avanti la scadenza del debito non aveva il creditore diritto di domandare alcun pagamento (*); ma se si fosse trattato di alienare i beni ipotecati, o che in qualunque altro modo la ipoteca costituita pericolasse, allegandosi la Legge *Quæsitum* 14. ff. *De pignoribus et hypothecis*, si permetteva al creditore di agere ipotecariamente anco avanti la scadenza del debito concorrendo con gli altri creditori sopra i beni ipotecati (*); per la qual cosa, la scadenza o non scadenza di un debito a termine non portava alterazione al grado del credito non per anco scaduto allorchè esisteva il pericolo che

(*) Leg. *Eum qui calendas* 41. Leg. *Centesimi* 46. ff. *De verb. obligat.* Leg. *Cedere diem* 215. ff. *De verb. et rer. signif.*

(*) FONTANELLA *De pactis nuptialibus claus.* 4. gloss. 9. part. 5. n. 17 et seq. CASTILL. *Cont. lib.* 67. tit. 5. part. 5. SALGAD. *Labyrint. cred. part.* 1. cap. 8. num. 30. DOMAT *Les loix civiles* liv. 3. tit. 1. sect. 3. §. 16.

si distribuissero i beni ipotecati ai creditori posteriori.

2280. Fra i crediti non condizionali ma semplicemente non scaduti si annoverarono le doti, aumenti dotali, e li stradotali delle donne amministrati dai loro mariti, dei quali tutti, e specialmente delle doti e aumenti dotali, alla donna non si permetteva la libera esazione costante il matrimonio, ma si concedeva il diritto di domandarne il reinvestimento, o l'assicurazione nel caso della vergenza del marito all'inopia (').

2281. A riguardo dei censi vitalizj, e di tutte le prestazioni di simil genere, ritenuta per regola la mancanza di azione nel vitaliziato a ripetere il capitale per il quale il vitalizio era costituito, si proponeva l'uso di tre distinti rimedj.

I. Concedevasi il grado per il solo oggetto di prelevare un capitale sufficiente ad essere reinvestito, o per l'oggetto di conseguire l'usufrutto di tanti beni fruttiferi di una rendita sufficiente alla soddisfazione del vitalizio, dovendo tanto i capitali quanto i beni ritornare alla massa distribuibile in favore dei creditori posteriori.

II. Poteva accordarsi il grado al creditore per ricevere l'importare del suo vitalizio ossia

(') *Leg. Ubi adhuc. Cod. De jure dotium. URCEOL. Consult. cap. 24. num. 26 et cap. 52. num. 15. COST. Ad Stat. Urb. De cautela Angeli discurs. unic. num. 101. Vot. decis. 241. num. 75. MERLIN. De pignoribus lib. 3. tit. 2. quest. 73 per tot.*

quel tanto che occorrerebbe per formare una nuova rendita annuale con lo sconto proporzionale sulla vita presunta del vitaliziato.

III. Finalmente si aggiudicavano tanti beni ai creditori posteriori, con l'onere di far fronte ogni anno con le annue prestazioni dovute al vitaliziato (*).

2282. Se si trattava dei censi non redimibili si riteneva sempre la mancanza del diritto del creditore a ripetere il capitale, meno alcune limitate eccezioni; ma formato il concorso universale dei creditori, si riteneva che con la sentenza di graduatoria con la quale si doveva stabilire il grado competente alla ipoteca del censo poteva di questo accordarsi la repetizione (*).

2283. Rapporto alle ipoteche condizionali non si negava, che formato il concorso dei creditori, o posta in pericolo la ipoteca, i creditori eventuali avessero diritto di comparire in giudizio per l'effetto di ottenere una qualche cautela, come è ammesso dalla *Legge 4. ff. De separat. bonorum* a favore dei creditori eventuali di una eredità, e perciò s'indicava come il rimedio il più adattato e il più conforme alla giustizia quello di fare esigere l'importare del credito eventuale dai creditori posteriori, i quali succedono immediatamente all'ultimo creditore collocato in stato utile di pa-

(*) SALGAD. *Labyrint. credit. part. 1. cap. 20.*

(*) Idem, *cap. 19.*

gamento sotto la promessa cautelata di restituire al creditore eventuale, purificandosi affermativamente la condizione sospensiva, pendente la quale il credito è inesigibile (*).

2284. Secondo la Giurisprudenza ipotecaria francese invalsa in Toscana per la pubblicazione del Codice civile e del Codice di procedura, potevano ritenersi le seguenti regole, cioè:

I. I crediti puri e non condizionali tanto scaduti, quanto non scaduti, si potevano dire esigibili, e senza alcun vincolo collocabili al rango competente alla loro ipoteca, perchè la espropriazione dei beni, o la vendita privata succeduta dalle formalità prescritte per la purgazione porta la realizzazione di tutte le ipoteche, ed i crediti, alienati i beni ipotecati e diminuite le cautele per il fatto del debitore, sono tutti esigibili (*).

II. Fra i crediti a termine dichiarati esigibili nei casi suddetti si ritenevano le doti, aumenti dotali, e tutti gli altri che aver potessero le mogli verso i loro mariti non tanto per le massime del Romano diritto, quanto per le analoghe disposizioni di che nell'articolo 2195 del Codice civile, salvo l'onere del rinvestimento, senza il quale il pagamento non sarebbe stato efficace, ed estintivo (†).

(*) DOMAT *Les loix civiles* liv. 3. tit. 1. sect. 3. §. 17. SALGAD. *Labyrinth. cred. part. 1. cap. 8. num. 51 et seq.*

(†) GUICHARD *Jurisprudence hypothécaire* tom. 2. mot Exigible num. 1. 6. 7. 8. tom. 3. mot Intérêts num. 3.

(†) TROPLONG *Comment. tom. 2. num. 611 e 612, Corte*

III. Tutte le rendite fondiarie che sarebbero state irredimibili nei medesimi casi di espropriazione e di vendita volontaria, si ritenevano per redimibili con la libera collocazione del capitale della rendita e degli arretrati (*).

IV. Per tutte le rendite vitalizie per le quali non è lecito al vitaliziato di ripetere il capitale, si accordava il grado per il reinvestimento di un capitale sufficiente a far fronte alla rendita vitalizia, o rilasciando questo ai creditori posteriori con l'onere di pagare l'annua prestazione con dare, e costituire nuova ipoteca a favore del creditore, o si dava in acollo con lo sconto proporzionale, o nel difetto di capitale sufficiente si accordava al creditore di prelevare ogni anno la sua prestazione dal capitale rimasto a di lui favore obbligato (*).

V. A tutti gli altri crediti eventuali concedevansi la collocazione con la data della loro ipoteca per semplice memoria, accordando ai creditori certi posteriori il diritto di esigere le somme, che sarebbero dovute al creditore eventuale, con onere

di Cassazione 24 luglio 1821. Journal du Palais tom. 16. pag. 799. Detta Corte 28 novembre 1838, dict. Journal ann. 1838, tom. 2. pag. 553.

(*) GUICHARD *Jurisprudence hypothécaire tom. 2. mot Exigible num. 5. TROPLONG Comment. tom. 4. n. 959 quat.*

(*) BATTUR *Des hypothèq. tom. 2. num. 241. vers. Au reste, le sûretés etc.*

di prestare la promessa assicurata con nuova ipoteca a favore del detto creditore (*).

2285. In tal modo l'ordine dei creditori si regolava con perfetta adesione alle regole invalse sotto l'impero delle Leggi romane, e secondo le opinioni degli antichi Giureconsulti.

2286. Il solo Troplong (*), parlando della collocazione del creditore vitaliziato nel caso della insufficienza del prezzo, si fa contraddittore della decisione della Corte di Bourges (3) del 25 maggio 1827, la quale ha permesso il progressivo esaurimento del capitale del prezzo nelle annue prestazioni vitalizie: il Troplong cita a sostegno della sua opinione quella esternata dal Grenier, *Des hypothèques* tom. 1. num. 180, il quale suppone il caso che il prezzo realizzato nella vendita di un fondo non sia sufficiente a somministrare il capitale della rendita vitalizia, e dice che mentre è riservato al creditore di perseguire gli altri immobili del debitore, i creditori non avranno l'onere di garantire la rendita vitalizia se non in proporzione del capitale che ricevono.

2287. Il Grenier suppone, che al creditore resti l'azione ipotecaria sopra altri beni, lo che non suppone la Corte di Bourges nel caso da lei deciso; quindi la opinione del Grenier non può dirsi del

(*) TROPLONG *Comment.* tom. 4. num. 959 *ter.* BATTU *Des hypothèques.* tom. 4. num. 669.

(*) *Comment.* tom. 4. num. 959 *quat.*

(3) *Journal du Palais* tom. 21. pag. 467.

tutto contraria alla esternata dalla citata Corte Reale in quella sua decisione.

2288. Quando la necessità porta, che senza distruggere annualmente il capitale del prezzo non si fa fronte alla rendita vitalizia, per risolvere la disputa convien determinare, se i diritti del vitaliziato si limitino soltanto sul frutto del prezzo dei beni ipotecati per sicurezza del vitalizio; e se così fosse, la opinione di Troplong dovrebbe prevalere; ma le cose altrimenti procedono, perchè la ipoteca costituita a cautela del vitalizio è diretta a togliere dai beni ipotecati un capitale sufficiente a far fronte al vitalizio; e quando questo capitale non si realizza per intiero, e tutto il realizzato per estinguere le successive annue prestazioni sia necessario, non vi è ragione perchè i creditori posteriori debbano ottenere una diminuzione della rendita vitalizia rendendo questa proporzionale alle reliquie del prezzo. Un sì fatto modo di ragionare porterebbe a sostenere l'assurdo, che il debitore ad altri ipotecando i beni sopra i quali assicurò la rendita vitalizia, ha potuto col suo fatto diminuire la sorte del creditore vitaliziato.

2289. Le Leggi nuove toscane non contengono disposizioni contrarie alle antiche massime, nè a quelle della Giurisprudenza francese.

2290. Il solo Regolamento di Procedura civile pubblicato nel 15 novembre 1814, aveva di troppo esteso l'onere della tanta promessa della restituzione a favore dei creditori eventuali gravando

di questa tutti i creditori collocati posteriormente agli eventuali stessi, prendendo forse in prestito dall'antica pratica l'onere che a tutti i creditori ipotecarj, esclusi solo i privilegiati, s'imponeva di promettere la restituzione ai poziori, e anteriori che potessero sopravvivere, la quale non era da confondersi col rimedio praticato di fronte alle ipoteche eventuali, come già avvertì il Salgado.

2291. La nuova Legge toscana del sette gennaio 1838 non ha ripetuto la disposizione del citato Regolamento, la quale non è del tutto coerente ai già avvertiti principj, e si è limitata a prescrivere che nella sentenza graduatoria saranno regolate le promesse, e cauzioni da prestarsi a favore dei creditori collocati eventualmente ai termini di ragione.

2292. Sebbene in Toscana tutt'ora si manchi di un Codice il quale contenga, come quello civile dei Francesi, le disposizioni analoghe sul diritto di esigere i debiti non per anco scaduti, e sopra tutti gli articoli sopratrattati, ciò non pertanto possiamo allegare l'assoluto difetto di leggi e di dottrine opportune subito che si faccia il dovuto ricorso alla giurisprudenza antica, dalla quale il Codice civile dei Francesi nè poco nè punto si è allontanato.

2293. Conciliando adunque le avvertite massime dell'antica giurisprudenza con le disposizioni delle nuove leggi attenenti al sistema ipotecario, dovrà ritenersi che i crediti certi scaduti, e non

scaduti dovranno essere puramente, e semplicemente collocati come esigibili nel grado che a loro assicura la ipoteca, e ciò perchè all'antico principio, che ove la ipoteca pericoli, si concede al creditore di agere, (principio che si trova confermato dall'articolo 74 della Legge del 2 maggio 1836) si unisce l'altro che l'alienazione dei beni, la quale dà luogo ad un ordine di creditori, porta la realizzazione di tutti i privilegi e di tutte le ipoteche.

2294. Dovrà pure ritenersi per regola costante, che avvenuta la citazione di una donna maritata a comparire nell'ordine dei creditori di suo marito o del di lui ascendente, si dovranno puramente e semplicemente collocare le di lei doti, e tutti i crediti dipendenti da convenzioni matrimoniali, salvo per le doti e aumenti dotali l'onere del reinvestimento, sul quale tornerò a far parola trattando della estinzione delle ipoteche occasionata dal pagamento del credito.

2295. Tutti i censi costituiti secondo la Bolla di San Pio V, e le rendite costituite dietro impresto di denaro a seconda del Codice civile dei Francesi per il tempo in cui ebbe fra noi forza di legge, saranno collocabili come esigibili tanto per il capitale quanto per i frutti, sempre che si tratti della distribuzione del prezzo dei beni affetti alla ipoteca speciale dei loro crediti; mentre se si tratterà della distribuzione di altri beni sopra i quali i creditori del censo, o delle rendite possano van-

tare la ipoteca generale di sua natura semplicemente sussidiaria, attesa la concorrenza della speciale a favore dello stesso titolo, i detti crediti rientreranno nella classe degli eventuali.

2296. La ragione per la quale anco i nostri censi debbono alle rendite costituite francesi assimilarsi, parte dal preavvertito principio della realizzazione delle ipoteche nel caso di espropriazione forzata dei beni, o di vendita privata corroborata dalle formalità prescritte per purgare le ipoteche, e perchè anco in questo caso si hanno gli effetti tutti i quali erano prodotti in antico dal concorso universale dei creditori (*).

(*) Non meritano di essere sul serio confutate le decisioni dei Tribunali che applicarono le massime di diritto stabilite sotto l'antica pratica, le quali negavano la repetibilità dei censi nel caso di vendita privata dei beni censiti fatta con l'accollo del censo per la ragione, che al creditore non venivano per tal fatto in alcun modo alterate le sue ipoteche; ma quando la vendita privata si eleva al grado della vendita coatta con le forme della purgazione delle ipoteche, ognun vede che un diverso giudizio deve proferirsi. In pratica è stata decisa la repetibilità dei censi, 1.^o nel caso di concorso universale *Tesoro del Foro Tosc.* tom. 3. dec. 98. num. 1, tom. 9. dec. 14. num. 37 e 38, tom. 31. dec. 63. num. 11; 2.^o nel caso di vendita privata senza procedere all'accollo del censo, e senza offrire la surroga di altro fondo *Tesoro del Foro Toscano* tom. 20. dec. 4, et tom. 43. dec. 43. num. 3. Senza bisogno di fondarsi nelle ragioni speciali sulla repetibilità dei censi indicate da quelle decisioni, a me sembra che la legge, la quale oggi predomina sulla repetibilità dei crediti di qualunque natura, sia la legge

2297. Concorrendo i creditori aventi diritto ad un' annua prestazione vitalizia, o in forza di atto tra i vivi, e di atto di ultima volontà, dovranno ritenersi le regole, e i principj ammessi dalla nostra antica pratica, e dalla pratica francese, rigettata la opinione del Troplong, poichè. dovrà ammettersi a pro del vitaliziato, subito che abbia esso regolarmente conservato la sua ipoteca, il diritto a consumare il capitale del prezzo in pregiudizio dei creditori posteriori.

2298. Relativamente ai crediti eventuali giova distinguere quelli investiti da condizione qualunque potestativa al debitore non per anco purificata, e per questi dovrà il grado assolutamente negarsi, giacchè non esistendo per anco il debito non può essere efficace la ipoteca e il grado che a quella appartiene. E per quelli investiti da condizione semplicemente risolutiva dovrà concedersi il grado puro ed esigibile, con l'onere al creditore di promettere la restituzione del suo credito nel caso che si purifichi in senso affermativo la condizione risolutiva (*).

2299. Parlando dei crediti eventuali investiti

ipotecaria, la quale serve allo scopo di assicurare i creditori, e di rendere commerciabili i beni immobili; e siccome nel caso di vendita coatta, o di vendita privata susseguita dalla purgazione le ipoteche si realizzano, e si debbono estinguere, così è, che la repetibilità dei crediti è resa da questa nuova legge necessaria.

(*) BATTUR *Des hypothèques* tom. 4. num. 669.

da condizione sospensiva, si farà luogo alla graduazione secondo la data della loro ipoteca, e i soli creditori posteriori i quali esigeranno le somme destinate al creditore eventuale, dovranno essere onerati di dare, e prestare la cauta promessa di restituzione.

2300. In questa classe di creditori eventuali entrano, 1.° tutti i creditori certi muniti d'ipoteche sussidiarie quando concorrono con altri creditori sopra i beni che non formano la principale garanzia del credito; 2.° i padroni diretti quando concorrono sopra i beni particolari dei livellarj; 3.° e finalmente tutta la vasta famiglia delle promesse di evizione e di restituzione, che sono assicurate da ipoteche create sotto l'impero delle antiche leggi anteriori al 2 maggio 1836 a causa della imperfezione del sistema ipotecario.

2301. Tutte queste ipoteche hanno infestato i patrimoni toscani, e sono considerate come altrettanti ostacoli alla libera commerciabilità dei beni. Considerate come una calamità pubblica, le ipoteche eventuali hanno risvegliato l'attenzione del Legislatore, e lo zelo dei Magistrati onde liberare i beni da questi vincoli ogniquale volta si provi cessata la causa per la quale furono costituite; per la qual cosa, parlando della estinzione delle ipoteche, io mi riservo di dimostrare in un separato capitolo quando possa dirsi avvenuta la loro estinzione per la indicata cessazione della causa, che influì nella loro costituzione.

2302. Do termine a questa sezione con avvertire, che il grado alle ipoteche eventuali deve esser concesso nei limiti della valutazione data al credito stesso risultante dalla iscrizione ipotecaria, perchè nella estesura del grado non può essere ecceduta la quantità stabilita nelle iscrizioni le quali per lo più, se si tratta di livelli, sono nella massima parte difettose su questo articolo, essendo state alle diverse epoche delle rinnovazioni la opera dei più inesperti amanuensi.

2303. Dissi che devesi stare alla iscrizione per modo di regola onde non venga accordato ai creditori eventuali, e specialmente ai domini diretti, un grado di troppo esteso; poichè quando accada di verificare, che la iscrizione contenga l'assegnato valore ai termini dell'articolo 79 della Legge del 2 maggio 1836, il quale corrisponde all'art. 2132 del Codice civile dei Francesi, sarà sempre luogo a parlare di riduzione della somma, siccome ne preserva il diritto l'articolo 141 della citata legge.

2304. Ora l'esame dei titoli può suggerire se fu nel titolo costitutivo assegnato un valore al credito incerto e eventuale; e nel caso che ciò non resulti, come per lo più accade nei contratti di livello, si rende indispensabile allorchè viene domandato il grado in forza della ipoteca generale sopra i beni non livellari, di restringere la ipoteca allo scopo, ed al fine dell'osservanza del contratto di livello, giacchè questo risolvendosi cessa ogni diritto del padrone diretto.

2305. Se si consultano ad esempio i nuovi Regolamenti con i quali nei nuovi livelli alienabili delle mani-morte esenti si è inteso di supplire al difetto della ipoteca generale sopra i beni dell'enfiteuta prescritta dai Regolamenti del Granduca Pietro Leopoldo, si osserverà che con il deposito di quattro annate di canone, o con una ipoteca di uno stabile di egual valore si è inteso di assicurare il patto dell'osservanza del contratto (*); per la qual cosa i Tribunali, ritenuta per modo di regola questa misura, hanno concesso ai padroni diretti un grado limitato per la somma equivalente alla detta tassa, con un piccolo aumento per le possibili spese (*).

2306. Ed infatti a che estendere il grado eventuale dei padroni diretti sopra gli altri beni dell'enfiteuta? Può essere ben raro l'esempio di un livello il quale sia talmente oneroso che non lasci un valore ed un subietto per il dominio utile; le continue alienazioni dei beni condotti ai termini

(*) Poggi *Sistema livellare* tom. 1. §. 494.

(*) *Ved. la decisione della Corte Regia del 16 febbrajo 1841, in causa Comunità di Loro e Creditori Baldi, Annali di Giurisprudenza ann. 3. part. 2. pag. 117.* Dietro questa normale decisione il Tribunale di Prima Istanza di Pisa ha stabilito nel giudizio di graduatoria Ghisi definito con la sentenza del 14 settembre 1842, ed in altri ancora, doversi limitare la ipoteca dei padroni sopra i beni liberi del livellare nei casi in cui sia stata *convenuta* ad una somma equivalente a sei annate di canone, e ad una somma arbitrariamente tassata per le spese.

dei Regolamenti del Granduca Pietro Leopoldo, e le continue alienazioni dei beni livellarj di dominio diretto delle mani-morte soggette alla Legge del 2 marzo 1769, le quali sul prezzo del dominio utile percipono un diritto equivalente a quello che si paga all'Amministrazione del Registro, assicurano che vi è un valore di dominio utile sempre rilevante, e che la ipoteca sopra gli altri beni è una cautela affatto esuberante, la quale nei casi nei quali non può militare la regola *cessante causa cessat hypotheca*, si deve, per quanto si può, restringere onde favorire senza danno dei padroni diretti l'interesse pubblico, sempre compromesso quando i beni sono inceppati da vincoli non utili e inopportuni.

FINE DEL TOMO TERZO.

005787318

I N D I C E

LIBRO III.	<i>DEGLI EFFETTI DELLE IPOTECHE.</i>	pag. 1
CAP. I.	<i>Degli effetti della ipoteca nei suoi rapporti col costituente . . .</i>	ivi
SEZ. I.	<i>Della obbligazione del debitore di consegnare i beni ipotecati . .</i>	7
SEZ. II.	<i>Della obbligazione del debitore di non deteriorare i beni ipotecati, e di sopportare la loro naturale, o fortuita deperizione . . .</i>	20
SEZ. III.	<i><u>Del mandato a vendere i beni ipotecati conferito dal debitore al creditore</u></i>	<u>42</u>
SEZ. IV.	<i><u>Della opzione accordata al creditore di alienare in tutto, o in parte i beni ipotecati</u></i>	<u>51</u>
SEZ. V.	<i>Dell'erogazione del prezzo realizzato nella vendita</i>	57
SEZ. VI.	<i><u>Della obbligazione del debitore di mantenere i beni ipotecati sufficienti alla soddisfazione delle sue obbligazioni</u></i>	<u>62</u>
CAP. II.	<i><u>Degli effetti della ipoteca contro il terzo possessore</u></i>	<u>71</u>

SEZ. I.	<i>Della ritenzione dei beni</i>	pag. 85
SEZ. II.	<i>Della offerta del valore dei beni ipotecati</i>	92
SEZ. III.	<i>Della eccezione della escussione</i>	112
SEZ. IV.	<i>Della eccezioni sulla insussistenza del credito e delle obbligazioni.</i>	121
SEZ. V.	<i>Delle eccezioni dirette ad impu- gnare la sussistenza della ipoteca.</i>	130
SEZ. VI.	<i>Della eccezione della garanzia</i>	138
SEZ. VII.	<i>Della eccezione della cessione delle ragioni.</i>	143
SEZ. VIII.	<i>Del rilascio dei beni ipotecati</i>	152
SEZ. IX.	<i>Delle rivalse competenti al terzo possessore evitto</i>	161
CAP. III.	<i>Degli effetti della ipoteca nel con- corso fra i creditori.</i>	185
SEZ. I.	<i>Delle regole generali attenenti al- l'ordine dei creditori</i>	195
SEZ. II.	<i>Del concorso delle diverse specie della ipoteca</i>	230
SEZ. III.	<i>Delle specialità che s'incontrano nell'ordine dei creditori per il fatto dei medesimi</i>	246
SEZ. IV.	<i>Delle specialità che s'incontrano nell'ordine dei creditori per il passaggio dei beni nei successori, e aventi causa dal debitore</i>	256
SEZ. V.	<i>Del diverso modo di collocare le ipoteche secondo la natura, e in- dole dei crediti ai quali acce- dono.</i>	274